

Der verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
HANS CONRAD SCHULTHESS
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Der verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
UNIVERSITÄT ZÜRICH

zur Erlangung der Würde
eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
HANS CONRAD SCHULTHESS
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

ADAG Administration & Druck AG

Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

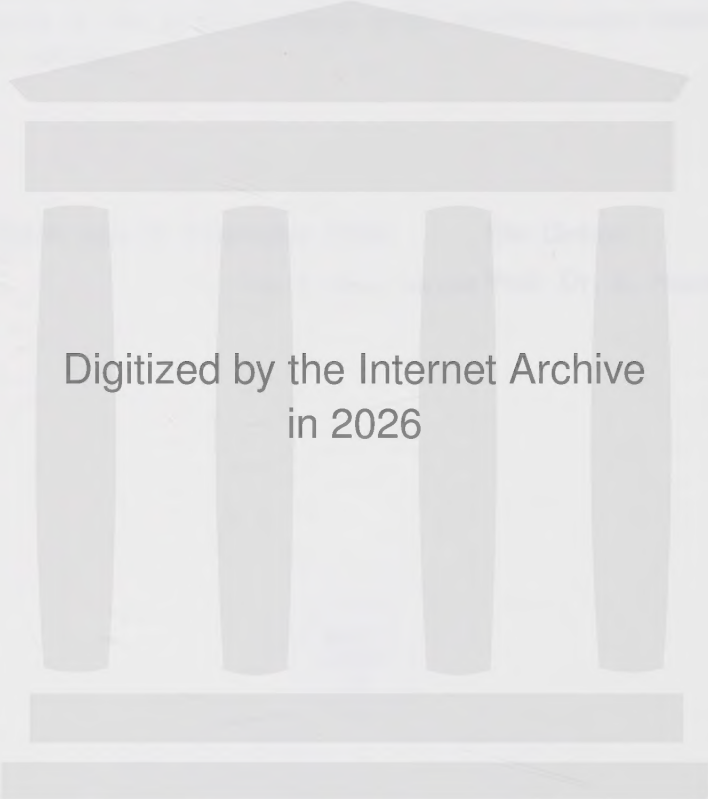
Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

VORWORT

Diese Arbeit entstand neben meiner Assistenzzeit bei Prof. Dr. H.U. Walder. Meine Tätigkeit als Tutor im Rahmen der Vorlesungen über Zivilprozessrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie als Gruppenleiter und Organisator von Seminarien und als Mitarbeiter bei der Vorbereitung der Vorlesung über Internationales Zivilprozessrecht lieferte mir dabei stets wertvolle Hinweise und fruchtbare Anregungen für die vorliegende Abhandlung.

Ich hoffe mit meiner Arbeit einen Beitrag zur Lösung der mannigfachen ordre public-Probleme in der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit geleistet zu haben.

Abschliessend möchte ich meinem Doktorvater, Prof. Dr. H.U. Walder, herzlichst für seine Betreuung und die mir gewährte Freiheit bei der Ausgestaltung der Arbeit danken.

H.C.S.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
1. TEIL: ALLGEMEINES ZUM ORDRE PUBLIC	1
§ 1 Terminologisches zum ordre public	1
A) Positive und negative Funktion des ordre public	1
I. Positive Funktion oder lois d'ordre public	1
II. Negative Funktion	2
1. Im kontinentaleuropäischen Rechtskreis	2
2. Im angelsächsischen Rechtskreis	3
III. Nicht zu verwendende Terminologie	3
B) Der ordre public interne und der ordre public international	3
I. Der ordre public interne	3
II. Der ordre public international	4
C) Der ordre public der lex fori und der ordre public universel (international)	4
I. Der ordre public der lex fori	4
II. Der ordre public universel (international)	5
D) Materieller und formeller ordre public	5
I. Materieller ordre public	5
II. Formeller ordre public	6
E) Allgemeine und besondere ordre public-Klauseln	6
I. Allgemeine oder generelle ordre public-Klauseln	6
II. Besondere oder spezielle ordre public-Klauseln	7
§ 2 Der formelle ordre public in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes	8
A) Die ersten Entscheide	8
B) Die Grundsätze in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes	10

I.	Die Rechtsnatur des ordre public-Vorbehalts	10
1.	Bundesrecht oder kantonales Recht	10
2.	Berücksichtigung von Amtes wegen	12
II.	Das Verbot der révision au fond, der effet atténué und die Binnenbeziehung	13
1.	Das Verbot der révision au fond	13
2.	Der effet atténué	13
3.	Die Binnenbeziehung	14
III.	Die Voraussetzungen der Verletzung einer grundlegenden Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung	15
1.	Das Vorgehen bei der Bestimmung einer grundlegenden Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung	15
a)	Die Untersuchung der kantonalen Ver- fahrensrechte	15
b)	Die Ueberprüfung aufgrund der Rechts- vergleichen	17
2.	Das Erfordernis der Konkretheit und Kausalität der Verletzung im Einzelfall	18
3.	Kleine Kasuistik	19
IV.	Das Verhältnis zwischen der Verletzung des Rechts des Urteilsstaates und der Verletzung des ordre public	22
1.	Problematik	22
2.	Die ältere Praxis des Bundesgerichtes	23
3.	Die neuere Tendenz in der Bundesgerichts- praxis	24
4.	Zusammenfassung	26
V.	Besonderheiten bei der Anwendung von Staatsverträgen	26
1.	Die Rechtsnatur der Staatsverträge; Staatsverträge als Bundesrecht	26
2.	Die Folgen für den ordre public-Vorbehalt	27
a)	Negative Folge	27
b)	Positive Folge	27
3.	Das Verhältnis der speziellen Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung in den Staatsverträgen zum allgemeinen Vorbehalt des ordre public	28

VI. Die Rechtsmittel	30
1. Der kantonale Instanzenzug	30
2. Das Rechtsmittel an das Bundesgericht	31
a) Die staatsrechtliche Beschwerde	31
b) Das Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes	31
aa) Ausserhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge	31
bb) Innerhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge	32
c) Die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges	32
aa) Ausserhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge	32
bb) Innerhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge	33
3. Kritische Würdigung	33

§ 3 Die theoretischen Lösungsmöglichkeiten des ordre public-Problems im Verfahrensrechts	35
A) Die Fragestellung und das weitere Vorgehen	35
I. Die Fragestellung	35
II. Zum weiteren Vorgehen	37
B) Die Gründe für die Anwendung der ordre public-Klausel	37
I. Im allgemeinen	37
II. Im Internationalen Verfahrensrecht	38
C) Die gesetzestechnischen Lösungsmöglichkeiten zur Vermeidung des ordre public-Vorbehalts	40
I. Die Bildung "international vereinheitlichter Sachnormen"	40
1. Die Bildung international vereinheitlichter Sachnormen durch internationale Uebereinkommen	40
2. Die resultierende Einschränkung des ordre public-Vorbehalts	41
3. Weitere Möglichkeiten zur Bildung international vereinheitlichter Sachnormen	42

4. Die Grenzen der Vereinheitlichung von Sachnormen	43
II. Die Bildung einheitlicher Kollisionsnormen	44
1. Die Forderung nach einheitlichen Kollisionsnormen im IPR	44
2. Die Bedeutung dieser Forderung im IZPR	45
3. Die Verwirklichung dieser Forderung	45
4. Die Grenzen der Vereinheitlichung von Kollisionsnormen	46
5. Die Gegenüberstellung der Vereinheitlichung von Sachnormen und Kollisionsnormen	47
D) Die Beschränkung des ordre public-Vorbehalts an sich	48
I. Die Beschränkung durch einen positiven Katalog des Anwendungsbereichs	48
II. Die Beschränkung durch einen negativen Katalog des Anwendungsbereichs	49
III. Die Beschränkung durch eine "Internationalisierung"	50
1. Im völkerrechtlichen Sinne	50
a) Die Theorie von Kahn	50
b) Die Theorie von Baur und die EMRK	51
2. In der Internationalen Gerichtsbarkeit	53
a) Im Völkerrecht	53
b) Im Internationalen Schiedsrecht	53
3. Im rechtsvergleichenden Sinne	55
a) Im Internationalen Privatrecht im allgemeinen	55
b) Im Internationalen Schiedsgerichtswesen im besonderen	57
4. Im Sinne eines europäischen ordre public	59
5. Die unmittelbaren Folgen der Internationalisierung	61
IV. Exkurs: Die Würdigung der Thesen von Baur	62
1. Zur ersten These	62
2. Zur zweiten These	63
3. Zur dritten These	65
E) Zusammenfassung der Ergebnisse von lit. B, C und D	66

§ 4	Die Verwirklichung der Postulate zur Lösung des ordre public-Problems in der Praxis	71
A)	Zum weiteren Vorgehen	71
B)	Die Verwirklichung des Postulats der Beschränkung der Vorbehaltsklausel selbst	71
I.	Die Bildung eines Negativkatalogs	71
II.	Die Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrund- sätze	72
C)	Die Verwirklichung der Postulate der Bildung inter- national vereinheitlichter Kollisionsnormen bzw. Sachnormen	75

2. TEIL: DIE ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG AUS- LAENDISCHER SCHIEDSSPRUECHE 77

§ 1 Terminologie 77

A) Urteilsstaat und Anerkennungsstaat bzw.
Vollstreckungsstaat 77

B) Anerkennung und Vollstreckung 78

§ 2 Kompetenzverteilung und anwendbares Recht 79

A) Bei Verurteilung zur Zahlung einer Geldschuld
und bei Anwendung eines Staatsvertrages 79

B) Bei Verurteilung zur Zahlung einer Geldschuld
und bei Nichtvorliegen eines Staatsvertrages 81

C) Bei Verurteilung zu einer anderen Leistung 81

D) Zusammenfassung 82

§ 3 Allgemeines zu den einzelnen Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen 83

A) Die zu untersuchenden Erlasse 83

B) Zum weiteren Vorgehen 85

C) Die Beweislastverteilung	86
I. Im Anwendungsbereich des NYÜ	86
1. Authentizität des Schiedsspruchs	86
2. Die übrigen Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen	87
II. Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	88
1. Die Untersuchung zwischen positiven Anerkennungs- und negativen Versagungsgründen	88
2. Die positiven Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen	88
3. Die negativen Versagungsgründe	89
III. Die Frage des günstigeren kantonalen Rechts trotz Beweislastumkehrung	90
1. Die Beweislastumkehrung	90
2. Das günstigere kantonale Recht	90
 § 4 Die Voraussetzung der gerichtlichen Entscheidung in Zivilsachen	 91
A) Zivilsache	91
B) Gerichtliche Entscheidung	92
I. Problematik	92
II. Die Abgrenzung zwischen Schiedsgutachten und Schiedsspruch	93
III. Die Auslegung des Begriffs "Schiedsspruch"	94
C) Zusammenfassung	95
D) Folgerungen betreffend den ordre public	96
 § 5 Die Voraussetzung der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit des Urteils	 97
A) Das Verhältnis zwischen Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit	97
B) Der Begriff der Verbindlichkeit im NYÜ	98
I. Die Unverbindlichkeit	98
II. Die Aufhebung	100
III. Die einstweilige Hemmung der Wirkungen	100

C) Zur Verbindlichkeit bei Anwendung des inner-staatlichen Rechtes	102
D) Zusammenfassung	103
E) Folgerungen betreffend den ordre public	104
 § 6 Die Voraussetzung der Zuständigkeit des Schiedsger- richtes (= Gültigkeit der Schiedsvereinbarung)	 105
A) Allgemeines	105
B) Anwendbares Recht	106
I. Bei Anwendung des NYU	106
1. Grundsatz	106
2. Form	106
3. Persönliche Befähigung	107
II. Bei Anwendung des kantonalen Rechts	108
1. Grundsatz	108
2. Form	109
3. Persönliche Befähigung	110
C) Die Gültigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen	110
I. Zustandekommen und Gültigkeit im engeren Sinne	110
II. Schiedsfähigkeit	111
1. Im Anwendungsbereich des NYU	111
2. Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	111
D) Besondere Probleme	112
I. Staatliche Immunität	112
1. Die Immunität an sich	112
2. Die Schiedsfähigkeit nach dem Rechte des betreffenden Staates	112
II. Rechts- und Pflichtennachfolge	113
1. Der Ausgangspunkt	113
2. Die Bestimmung des anwendbaren Rechts	115
a) Das anwendbare Verfahrensrecht	115
b) Die Qualifikation der Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge	116

c) Das anwendbare Recht bei der Bestimmung der Zuständigkeit und der Rechtsnachfolge	117
3. Die Berufung auf den ordre public	121
a) Der Gesichtswinkel der Ueberprüfung	121
b) Die Binnenbeziehung zur Schweiz	122
c) Die Unvereinbarkeit mit der schweizeri- schen Rechtsordnung	123
d) Zum ordre public international bzw. zum ordre public eines Drittstaates	125
III. Die Heilung einer mangelhaften Schiedsverein- barung	126
1. Ueberblick über die innerstaatlichen Rege- lungen	126
2. Im Anwendungsbereich des NYÜ	126
E) Kompetenzüberschreitung	128
I. Im Anwendungsbereich des NYÜ	128
II. Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	128
F) Exkurs: Die Regelung des VEIPR	130
G) Zusammenfassung	133
H) Folgerungen betreffend den ordre public	135
§ 7 Das rechtliche Gehör	137
A) Im Anwendungsbereich des NYÜ	137
I. Problemstellung	137
II. Die Auslegung von lit. b	137
B) Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	140
C) Zusammenfassung und Folgerungen betreffend den ordre public	142
§ 8 Die Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit aufgrund der Vereinbarungen der Parteien bzw. des Rechtes des Urteilsstaates	143
A) Im Anwendungsbereich des NYÜ	143
I. Problemstellung	143

II.	Die Wesentlichkeit der Mängel im Sinne von lit. d	144
1.	Bei Normen des nationalen Verfahrensrechts	144
a)	Wesentlichkeit	144
b)	Präclusion	145
2.	Bei Parteivereinbarungen	147
a)	Autonome Parteivereinbarungen	147
b)	Verweis auf ein privates Schieds- (gerichts)reglement	148
c)	Zusammenfassung	149
B)	Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	150
I.	Bei Normen eines nationalen Verfahrens- rechtes bzw. eines privaten Schiedsreglementes	150
II.	Bei autonomen Parteivereinbarungen	151
C)	Zusammenfassung und Folgerungen betreffend den ordre public	152
§ 9	Die Schiedsfähigkeit	154
A)	Im Anwendungsbereich des NYÜ	154
I.	Problematik	154
II.	Die Auslegung und Unterscheidung der Ingresse der Abs. 1 und 2 von Art. V	155
1.	Berücksichtigung auf Antrag bzw. von Amtes wegen	155
2.	Der "obligatorische" Charakter des Ingres- ses von Abs. 1	155
3.	Der "fakultative" Charakter des Ingresses von Abs. 2	156
4.	Folgerungen betr. die Schiedsfähigkeit	157
B)	Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	158
I.	Die innerstaatliche Regelung	158
II.	Die internationale Regelung	158
C)	Zusammenfassung und Folgerung betreffend den ordre public	160

§ 10	Der ordre public	162
A)	Im Anwendungsbereich des NYÜ	162
I.	Die Auslegung von Art. V Abs. 2 lit. b	162
II.	Die Tragweite dieser Bestimmung	162
B)	Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts	163
C)	Der Negativkatalog aufgrund des NYÜ	164
I.	Der Grundsatz	164
II.	Die einzelnen Punkte des Negativkataloges	165
1.	Betreffend die Voraussetzung der gerichtlichen Entscheidung in Zivilsachen	165
2.	Betreffend die Voraussetzung der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit	165
3.	Betreffend die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes	166
4.	Betreffend die Grundsätze des rechtlichen Gehörs	167
5.	Betreffend die Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit	168
6.	Betreffend die Schiedsfähigkeit	168
3. TEIL:	DIE UNABHAENIGKEIT UND UNPARTEILICHKEIT DER SCHIEDSRICHTER	171
Einleitung		171
§ 1	Die Rechtfertigung und die Teilaspekte der richterlichen Unabhängigkeit	172
A)	Die Rechtfertigung	172
B)	Die Teilaspekte	172
I.	Allgemeines	172
II.	Die Staatsunabhängigkeit	173
III.	Die Parteiunabhängigkeit	174
IV.	Die Gesellschaftsunabhängigkeit	174

§ 2	Die rechtlichen Grundlagen und das Verfahren zur Geltendmachung der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit	175
A)	Allgemeines	175
B)	In der Schweiz	175
I.	Die rechtliche Grundlage	175
II.	Das Verfahren	177
C)	In der Bundesrepublik Deutschland	178
I.	Die rechtliche Grundlage	178
II.	Das Verfahren	179
D)	In den übrigen Ländern	179
I.	Grossbritannien	180
II.	Vereinigte Staaten von Amerika	180
III.	Frankreich	181
IV.	Schweden	182
V.	UdSSR	182
E)	Zusammenfassung	183
§ 3	Die Parteunabhängigkeit	184
A)	Vorgehen	184
B)	Die Ueberprüfung aufgrund des anwendbaren Ver- fahrensrechts	184
I.	Beim Bestehen eines Staatsvertrages	185
1.	Das New Yorker Abkommen vom 10.6.1958	185
2.	Das Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26.9.1927	186
II.	Beim Fehlen eines Staatsvertrags	187
C)	Die Präclusion bei der ordre public-Kontrolle	188
I.	Die Ausschluss- und Ablehnungsgründe im schweizerischen Recht	188
II.	Die Ablehnung und die absolute Untauglichkeit im deutschen Recht	189
III.	Die Präclusion im schweizerischen Recht	190

§ 4 Die "Parteilichkeits"-Gründe im einzelnen	193
A) Vorbemerkung	193
B) Identität von Schiedsrichter und Partei	193
I. Grundsatz	193
II. Gesetzlicher Vertreter	194
III. Geschäftsführende Organe einer juristischen Person	195
IV. Weitere mit der Geschäftsführung betraute Personen	195
V. Mitglieder eines nicht vertretungsberechtigten Organs	197
VI. Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit	198
1. Nach aussen hin nicht verselbständigte Personenverbindungen	198
2. Nach aussen hin verselbständigte Personenverbindungen	198
3. Der beschränkt haftende Kommanditär	199
VII. "Mitverpflichteter" Richter	200
VIII. "Mitberechtigter" Richter	201
IX. Identität von Schiedsrichter und Nebenpartei	201
C) Ehe, Verwandtschaft und Schwägerschaft	202
I. Ehe	202
II. Verwandtschaft und Schwägerschaft	204
III. "Mitberechtigung" bzw. "Mitverpflichtung" der Ehegatten, Verwandten oder Verschwägerten	206
D) Geschenk oder ungebührlicher Vorteil	208
E) Mitwirkung als Richter oder Schiedsrichter an einer früheren Entscheidung in gleicher Sache	209
F) Identität von Richter und Zeuge oder Sachverständiger bzw. Schiedsgutachter	210
I. Identität von Richter und Zeuge oder Sachverständiger	210
II. Identität von Richter und Schiedsgutachter	211
G) Identität von Richter und Bevollmächtigter, Anwalt, Berater oder Vermittler	212
I. Die gesetzlichen Regelungen	212

II. Besonderheiten in der Schiedsgerichtsbarkeit	212
III. Folgerungen betreffend den ordre public	214
H) Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis zwischen Richter und Partei	216
I. Die gesetzlichen Regelungen	216
II. Besonderheiten in der Schiedsgerichtsbarkeit	216
III. Folgerungen betreffend den ordre public	218
I) Besorgnis der Befangenheit	218

LITERATURVERZEICHNIS

- BATIFFOL H./LAGARDE P., Droit international privé, t. 1 et 2, 6e éd., Paris 1974/76 (zit.: Batiffol)
- BAUR F., Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, 1-20
- BERARD M., Die Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Verfahrensverstosses, Diss. Freiburg im Breisgau 1976
- BERTHEAU TH.R., Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Diss. Zürich 1965
- BETTERMANN/NIPPERDAY/SCEUNER, Die Grundrechte: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, 3. Bd. 2. Halbbd., Berlin 1959
- BIRCHMEIER W., Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- BLOCH K., Die Anwendung der Vorbehalts-(ordre-public-)Klausel bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in der Schweiz, SJZ 56 (1960) 337-342
- von BRUNN H., Der europäische ordre public, NJW 15 I (1962) 985-989
- BUCHER A., Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht, Basel und Stuttgart 1975
- BUCHER E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979
- Zur Unabhängigkeit des parteibenannten Schiedsrichters, in: Festschrift für Max Kummer, Bern 1980, 599-616 (zit.: Bucher in Festschrift Kummer)
- BUDIN R.P.H., L'exécution des sentences arbitrales étrangères en Suisse et les limites de l'ordre public, Revue de l'arbitrage (1977) 107 ff.
- BUELOW/BOECKSTIEGEL, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, München 1978
- BUERGI W.F./NORDMANN-ZIMMERMANN, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979
- BURCKHARDT W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1914

- CAPREZ M., Le concordat sur l'arbitrage SJZ 72 (1976) 233-237
- CARABIBIER CH., Les juridictions internationales en Droit privé, Neuchâtel und Paris 1947
- DAVID/MAIER, Die Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Fachschriften der Handelskammer Deutschland-Schweiz, sine loco et anno
- DIETZI H.P., Der ordre public im internationalen Privatrecht in der Praxis des Bundesgerichts, Diss. Basel 1970
- EBERT K.H., Rechtsvergleichung, Bern 1978
- EICHENBERGER K., Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960
- EISENMANN F., L'"arbitre-partie", in: International arbitration, liber amicorum for Marin Domke, Den Haag 1967, 78 ff.
- ERNEMANN A., Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO, Diss. Würzburg 1979
- FERID M., Wechselbeziehungen zwischen Verfassungsrecht und Kollisionsnormen, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Bd. II, Tübingen 1963, 119-148 (zit.: Wechselbeziehungen).
- Internationales Privatrecht, Juristische Arbeitsblätter, Berlin 1975 (zit.: IPR)
- FLEINER F./GIACOMETTI Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1969
- FOUCHARD P., L'arbitrage commercial international, Paris 1965
- FRITZSCHE H., Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Zürich 1975
- GAUTSCHI G., (Berner) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, IV. Bd.: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Bern 1971
- GEIMER R., Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Inland, JuS 1965, 475-479
- Zur Nichtanerkennung ausländischer Urteile wegen nicht ordnungsgemäsem erststaatlichen Verfahrens, JZ 1969, 12-16
- Nichtanerkennung ausländischer Urteile wegen nichtgehöriger Ladung zum Erstprozess, NJW 26 II (1973) 2138-2143

- GEIMER/SCHUETZE, Internationale Urteilsanerkennung, Kommentar, Bd. II, München 1971
- GEISER R., Ueber den Ausstand des Richters im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1957
- GENTINETTA J., Die lex fori Internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973
- GIESKER-ZELLER H., Der ordre public international in der Schweiz, SJZ XIV (1917/18) 133 ff., 153 ff., 171 ff.
- GLOSSNER O., Das Schiedsgericht in der Praxis, Heidelberg 1978
- GREMINGER H.W., Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationale private Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1957
- GRIMM H., Richterliche Unabhängigkeit und Dienstaufsicht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
- GULDENER M., Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1971 mit Supplement 1959 (zit.: IZPR)
- Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit.: ZPR)
 - Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 80 (1961) II 1 ff.
 - Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände, ZSR 71 (1952) II 207a-265a
- HABSCHEID W.J., Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte NJW 15 I (1962) 5 ff.
- HAUBENSAK U., Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1975
- HAUSER/HAUSER, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978
- v. HEYMANN E., Der ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt 1969
- HINDERLING H., Die interkantonale Vollstreckung von Schiedssprüchen, SJZ 39 (1942/43) 565-568
- Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 75 (1979) 321 ff.

v. HUELSEN H.-V., Die Gültigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen, Berlin 1973

JAENICKE G., Zur Frage des internationalen ordre public, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7, 77 ff., Karlsruhe 1967

KAHN F., Abhandlungen zum internationalen Privatrecht I und II, München und Leipzig 1928

KAISER R., Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, Diss. Zürich 1966

KALLMANN F., Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946

KAUFMANN H., Grundlinien und Entwicklungstendenzen der von der Schweiz geschlossenen zweiseitigen Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen in Zivilsachen, ZBJV 112 (1976) 361 ff.

KEGEL G., Internationales Privatrecht, München 1977

KELLER/SCHULZE/SCHUETZ, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Internationalen Privatrecht, Bd. I und II, Zürich 1976 und 1977

KELLER/SIEHR, Einführung in die Eigenart des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Zürich 1979

KLEIN F.-E., Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Basel 1955

- La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, SJZ 57 (1961) 229-252

- L'arbitrage international de droit privé, réalités et perspectives, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 20, Zürich 1963, 41 ff.

- Internationales Schiedsverfahren und nationale Rechtsordnungen, in: Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 24, Zürich 1967, 87 ff.

- Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und die schweizerische Rechtsordnung, in: Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Köln, Berlin, Bonn, München 1979, 33 ff.

- KNAPP B., Intérêt, utilité et ordre publics, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 137-176
- KOEHN W., Schiedsgerichtsbarkeit und ordre public im zwischenstaatlichen Handelsverkehr, KTS 17 (1956) 129 ff., 166 ff., 185ff.
- KORNBLUM U., Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968
- Grenzfragen des ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, KTS 29 (1968) 143-157
- KUTTLER A., Zur Frage der Beschränkung der Funktion des ordre public im internationalen Privatrecht, SJZ 47 (1951) 149-154
- LALIVE P., Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en suisse in: L'arbitrage international privé et la Suisse, Genève 1977, 57 ff.
- Arbitrage international et ordre public suisse ZSR 97 (1978) I 529 ff.
- LANZ R., Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969, Diss. Zürich 1971
- MAKAROV A.N., Die Haager international-privatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel, in: Ius et Lex, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel 1959, 303-324
- MARTI H., Der Vorbehalt des eigenen Rechts im internationalen Privatrecht der Schweiz (ordre public), Diss. Bern 1940
- MEILI F., Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Bd. I, Zürich 1902
- MEILI/MAMELOK, Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Haager Konvention, Zürich 1911
- MERZ F., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivil- und Handelssachen, Wertpapier-Mitteilungen (1977) 214-218
- MUELLER J.P., Die Garantie des verfassungsmässigen Richters in der Bundesverfassung, ZBJV 106 (1970) 249 ff.
- NEF H., Unabhängige Schiedsgerichte, in: Fragen des Verfahrens- und Kollisionsrechtes, Festschrift für Hans Fritzsche, Zürich 1952, 99-114
- NEUHAUS P.H., Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976

- NIEDERER W., Das Problem des ordre public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, ZSR 62 (1942) 1-24
- Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 3. Aufl., Zürich 1961
- OFTINGER K., Vom Handwerkszeug des Juristen und von seiner Schriftstellerei, 5. Aufl., Zürich 1974
- PETITPIERRE M., La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse, Paris 1925
- PFAFF D., Die Aussenhandelsschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder im Handel mit der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1973
- POINTET P.J., La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Zürich 1961
- PROBST R., Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz nach den geltenden Staatsverträgen, Diss. Bern 1936
- RAAPE/STURM, Internationales Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 1977
- RENGGLI P., Die Grenzen der Parteifreiheit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren, Diss. Bern 1955
- RIEZLER E., Internationales Zivilprozessrecht, Berlin/Tübingen 1949
- ROBERT J., Arbitrage Civil et Commercial t. I et II, Paris 1961
- ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., München 1977
- ROTH G.H., Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, Diss. Würzburg 1967
- SALADIN P., Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 41-90
- SAVIGNY F.C., System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII, Berlin 1849, auch Nachdruck Darmstadt 1956
- SCHLOSSER P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. I und II, Tübingen 1975
- Entwicklungstendenzen in Recht und Praxis der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Karlsruhe und Heidelberg 1976

SCHLOSSER P., Probleme der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Aktiengesellschaft 24 (1979) 237 ff., 278 ff.

- Die Unabhängigkeit des Schiedsrichteramtes, ZJP 93 (1980) 121 ff.

SCHNITZER A.F., Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Bd. I, Basel 1957, Bd. II, Basel 1958

SCHUETZE R.A., Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Bundesrepublik Deutschland als verfahrensrechtliches Problem, Diss. Bonn 1960

SCHWAB K.H., Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., München 1979

STAEHELIN A., Die Staatsverträge über Zivilprozess und Zwangsvollstreckung nach der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 561-590

STAUFFER W., Praxis zum NAG, Zürich 1973, mit Nachtrag, Zürich 1977

STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. Aufl., Tübingen 1972 und z.T. 20. Aufl., Tübingen 1978

STEINER E.E., Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, ZSR 47 (1928) 282 ff.

STOBER R., Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 32 II (1979) 2001-2008 ff.

STORCK W., Das Abkommen der Schweiz mit Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 15. Januar 1938

STRAATMANN/ULMER, Handelsrechtliche Schiedsgerichts-Praxis, Köln 1975

STRAEULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976

STREHLER TH., Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1938

TEPLITZKY O., Auswirkungen der neueren Verfassungsrechtsprechung auf Streitfragen der Richterablehnung wegen Befangenheit, MDR 24 (1970) 106/07

VISCHER F., Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, herausg. von Max Gutzwiller u.a., Basel und Stuttgart 1969, Bd. I, 511-709

- WALDER H.U., Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Aufl., Zürich 1979
- Die neuen Zürcher Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit im Lichte des Konkordats, SJZ 72 (1976) 249 ff.
- WALKER H.-P., Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien, Diss. Zürich 1968
- WEBER H., Die Lehre vom ordre public international, Diss. Zürich 1922
- WIECZOREK, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., 1-13. Lieferung, Berlin/Nex York 1975-79
- WIETHOELTER R., Zur Frage des internationalen ordre public, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 7, 133 ff., Karlsruhe 1967
- WIGET F., Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung, Diss. Zürich 1939
- Zürcher Schiedsgerichte nach revidierter ZPO, SJZ 73 (1977) 101-108

SAMMELWERKE

- Arbitration in Sweden, Hg. Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm 1977
- Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, in: Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 13, Zürich 1979 (zit.: Schlussbericht)
- The International Arbitral Process: public and private, vol I-V, Hg. J. Gillis Wetter, New York 1979 (zit.: Wetter)
- Die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa, in: Schriftenreihe der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Bd. 23, Wien sine anno
- Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Bd. 1, Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Schiedsgerichtsbarkeit, Handbuch der Texte, Hg. Zürcher Handelskammer 1977
- Yearbook Commercial Arbitration, Vol. I-IV, Hg. Pieter Sanders, Den Haag 1976-1979 (zit.: Yearbook)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

Quellen

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976
KartellG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
Konk.	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969
NAG	Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891
NYU	New Yorker Uebereinkunft vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
VE IPR	Vorentwurf der Expertenkommission zum IPR-Gesetz
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZH ZPO/ ZPO	Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976

Staaten

AU	Oesterreich
BRD	Bundesrepublik Deutschland
CH	Schweiz
I	Italien
UdSSR	Sowjetunion
USA	Vereinigte Staaten von Nordamerika
UN	Vereinigte Nationen

Sonstiges

a.A.	anderer Ansicht
AAA	American Arbitration Association
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung
BGH	Entscheide des Bundesgerichtshofes (BRD)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BVerfGE	Entscheide des Bundesverfassungsgerichtes (BRD)
bzw.	beziehungsweise
CPC	Code de procédure civile
Diss.	Dissertation
ICC/CCI/ IHK	Internationale Handelskammer
in Verb.	in Verbindung
IPR	Internationales Privatrecht
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
lit.	litera

m.E.	meines Erachtens
NJW	Neue Juristische Wochenschau
N	Note
no	numero
Nr.	Nummer
Schweiz.	Schweizerisch
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
T.	Teil
UebgBest.	Uebergangsbestimmungen
VA	Vollstreckungsabkommen (in Verb. mit Staatenabkürzungen)
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht (BRD)

1. TEIL

ALLGEMEINES ZUM ORDRE PUBLIC

§ 1 TERMINOLOGISCHES ZUM ORDRE PUBLIC

A) POSITIVE UND NEGATIVE FUNKTION DES ORDRE PUBLIC

1. Positive Funktion oder lois d'ordre public

Der Lehre der romanischen Schule folgend (1) werden einzelne Rechtssätze des inländischen Rechts wegen ihrer besonderen Wichtigkeit als für absolut und immer anwendbar erklärt; sie stellen sog. "lois d'ordre public" dar.

Das an sich anwendbare ausländische Recht wird demnach gar nicht überprüft, denn die lois d'ordre public gehen immer vor (2). Positive Funktion bzw. positive Wirkung des ordre public heisst also, es wird eine Vorschrift des inländischen Rechts bevorzugt zur Anwendung gebracht (3).

Heute wird allerdings diese positive Funktion des ordre public mehrheitlich abgelehnt (4); dennoch existieren solche Normen, wobei man sie heute unter den Begriffen "Sonderanknüpfung" oder "versteckte einseitige Kollisionsnorm" oder lois d'application immédiate" tarnt (5).

1) Niederer, ZSR 62 (1943) 4

2) Niederer 285, 291

3) Neuhaus 364

4) Niederer 286; Schnitzer 230

5) Neuhaus 366

II. Negative Funktion oder Vorbehaltsklausel

1. IM KONTINENTALEUROPAEISCHEN RECHTSKREIS

Nach der Lehre der deutschen Schule (1) wird das an sich anwendbare fremde Recht ausnahmsweise nicht angewandt, weil sein Inhalt in unvereinbarem Widerspruch zum einheimischen Rechtsempfinden steht (2).

Daraus ergeben sich sogleich zwei wesentliche Unterschiede zur positiven Funktion: Erstens hat stets eine Prüfung der Anwendbarkeit der fremden Rechtsnorm im Einzelfall zu erfolgen, und erst bei der konkreten Wertung der Lösung nach der fremden Rechtsordnung greift der *ordre public* ein, wenn das Resultat mit dem einheimischen Rechtsempfinden unvereinbar ist. Bei der positiven Funktion dagegen wird von vornherein das einheimische Recht zur Anwendung gebracht (3).

Zum zweiten muss die Ersatzlösung nicht unbedingt im einheimischen Recht gesucht werden; vielmehr sucht man zuerst in der an sich anwendbaren Rechtsordnung nach einer Lösung, die sich mit dem einheimischen Rechtsempfinden vereinbaren lässt (4).

Die negative Funktion wird zuweilen auch mit dem Begriff "Vorbehaltsklausel" (5) oder "Ausweichklausel" (6) oder "Vorbehalt der Unvereinbarkeit" (7) umschrieben, und überwiegend in der heutigen kontinentaleuropäischen Lehre vertreten (8).

1) Niederer, ZSR 62 (1943) 5

2) Niederer 285, 291

3) Niederer, ZSR 62 (1943) 6

4) Niederer 292

5) Niederer 285

6) Neuhaus 363

7) Schnitzer I 236

8) Niederer 286; Schnitzer I 230; Neuhaus 367 f.

2. IM ANGELSAECHSISCHEN RECHTSKREIS

Auch die Lehre von der "public policy" führt zu einer negativen Funktion des ordre public, wobei allerdings der Grund der Nichtanwendung der fremden Rechtsnorm stark politisch motiviert und als Ausfluss der Souveränität des jeweiligen Staates angesehen wird (1).

III. Nicht zu verwendende Terminologie

Die Unterscheidung in positive und negative Wirkung des ordre public, je nachdem ob inländisches Recht oder ausländisches Recht an Stelle des an sich anwendbaren ausländischen Rechts zur Anwendung gelangt (2); ist - um Missverständnisse zu vermeiden - hier nicht zu verwenden.

B) DER ORDRE PUBLIC INTERNE UND DER ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

I. Der ordre public interne

Als ordre public interne werden in der französischen Lehre die zwingenden Rechtssätze des innerstaatlichen Rechts bezeichnet (3).

Der Begriff besitzt also keine IPR- bzw. IZPR-spezifische Bedeutung.

1) Niederer 285 f.

2) Niederer 291

3) Batiffol I No 366

II. Der ordre public international

Damit bezeichnete ursprünglich die französische Lehre die im internationalen Bereich zwingenden, absoluten Rechtssätze (1), also die lois d'ordre public. Heute wird aber der Begriff auch in Frankreich für die negative Funktion des ordre public verwendet (2).

Da, wie gezeigt, der Begriff "ordre public intern" keine Aussage in bezug auf das IPR enthält und sich somit vermeiden lässt, kann auch der Begriff "ordre public international" zur Bezeichnung des einheimischen ordre public im Internationalen Privatrecht vermieden werden (3). Damit kann Missverständnissen vorgebeugt werden, zumal der Begriff "ordre public international" auch noch in einem anderen Zusammenhang verwendet wird (4).

C) DER ORDRE PUBLIC DER LEX FORI UND DER ORDRE PUBLIC UNIVERSEL (INTERNATIONAL)

I. Der ordre public der lex fori

Der "ordre public der lex fori" ist die von einer bestimmten Rechtsordnung entwickelte Anwendungsform der ordre public-Klausel, die je nach Rechtsauffassung der einzelnen Staaten differieren kann (5); hiermit wird also der einheimische ordre public im IPR bzw. IZPR bezeichnet.

1) Batiffol I No 366; Niederer 288

2) Neuhaus 367

3) Niederer 288/89

4) vgl. die folgende lit. C

5) Niederer 289

II. Der ordre public universel (international)

Mit "ordre public universel (international)" bezeichnet man zuweilen eine "Art von ius cogens des überstaatlichen Rechts" (1), also ein allen Staaten gemeinsamer Inhalt des ordre public.

Ob ein solcher "ordre public universel (international)" oder ein sog. "europäischer ordre public" - d.h. ein gemeinsamer Inhalt der ordre public-Klauseln der europäischen Staaten - besteht (2), soll hinten (3) näher untersucht werden.

D) MATERIELLER UND FORMELLER ORDRE PUBLIC

Diese Unterscheidung ist nur im IZPR, insbes. bei der Anerkennung und Vollstreckung von Bedeutung (4).

I. Materieller ordre public

Vom materiellen ordre public spricht man, wenn ein ausländischer Entscheid seines Inhalts - seiner Lösung des materiellrechtlichen Problems - wegen nicht anerkannt und vollstreckt wird im Inland, weil die getroffene Lösung in unerträglicher Weise gegen das einheimische Rechtsempfinden verstößt (5).

1) Niederer 289

2) für einen europäischen ordre public spricht sich Neuhaus 372 aus.

3) vgl. § 3 D III

4) Niedermann 105

5) Niedermann 105

II. Formeller ordre public

Beruft man sich hingegen auf den formellen ordre public, so wird das Zustandekommen, das Verfahren, das zum betreffenden Entscheid geführt hat, als derart mangelhaft angesehen, dass sich eine Anerkennung und Vollstreckung desselben nicht mehr mit den einheimischen Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbaren lässt (1).

Diese – hier allein interessierende – Seite des ordre public ist denn auch seit 1959 ausdrücklicher Bestandteil der bundesgerichtlichen Praxis zum ordre public (2).

Der formelle ordre public kommt aber nicht nur bei der Anerkennung und Vollstreckung zur Anwendung, sondern er wird zuweilen auch herangezogen als oberste Schranke der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (3).

E) ALLGEMEINE UND BESONDERE ORDRE PUBLIC-KLAUSELN

I. Allgemeine oder generelle ordre public-Klauseln

Der allgemeine ordre public-Vorbehalt ist, ob geschrieben oder ungeschrieben, in jeder Rechtsordnung mitenthalten, denn wo ein Kollisionsrecht besteht, muss auch ein Notventil – eine Notlösung – bestehen, welches ausnahmsweise die Anwendung des fremden Rechts verhindern kann (4).

1) Niedermann 105/06

2) BGE 85 I 39 ff., vgl. aber hinten § 2 A

3) vgl. z.B. Walker 46 ff.

4) Niederer 290

II. Besondere oder spezielle ordre public-Klauseln

Im Gegensatz zum allgemeinen Vorbehalt sind die besonderen ordre public-Klauseln immer gesetztes Recht und regelmässig beschränkt auf einzelne Rechtsgebiete oder Rechtsinstitute (1).

Theoretisch stellen sie meist einseitige Kollisionsnormen dar und gehen als *leges speciales* der allgemeinen Klausel vor; dabei verlangen sie starr die Anwendung des einheimischen Rechts (2). Durch die speziellen Klauseln wird alsdann die allgemeine eingeschränkt (3): so etwa durch die ausdrückliche Statuierung, dass die Schiedsfähigkeit nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates gegeben sein muss, ansonsten ein ausländischer Schiedsspruch im Inland nicht vollstreckt werden kann (4).

Die spezielle ordre public-Klausel beruht also im Grunde genommen auf der positiven Funktion des ordre public (5), die nun einmal existiert, aber in der heutigen Lehre ungern zugegeben wird.

1) Niederer 290

2) Niederer 290; Dietzi 13/14, 56

3) Niederer 291

4) vgl. NYU V Abs. 2 lit. a; hinten 2. Teil: § 9 A II 4

5) Dietzi 56

§ 2 DER FORMELLE ORDRE PUBLIC IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTES

A) DIE ERSTEN ENTSCHEIDE

Das Bundesgericht spricht sich bei den in deutscher Sprache redigierten Entscheiden erstmals in BGE 85 I 47/48 ausdrücklich für die Anwendung der ordre public-Klausel aus, nicht nur bezüglich des Inhalts eines Entscheides, sondern auch bezüglich seines Zustandekommens.

Einige in französischer Sprache redigierte Entscheide wandten jedoch schon wesentlich früher den ordre public-Vorbehalt auch bei verfahrensrechtlichen Fragen ohne weiteres an; sie unterschieden gar nicht zwischen formellem und materiellem ordre public (1). Da sie in der bisherigen Literatur nicht verarbeitet wurden (2) und auch die in deutscher Sprache redigierten Entscheide nicht auf sie verweisen, soll ihr Inhalt kurz dargestellt werden.

In BGE 46 I 464 wird die Vollstreckung eines ausländischen Urteils, das im Widerspruch zu einem früheren inländischen Entscheid steht, verweigert unter Berufung auf den ordre public. Interessant ist die Begründung für die Entscheidung; es wird nämlich von einem "principe reconnue d'une façon générale en droit international privé" gesprochen, welches auch für die Schweiz bestätigt werden muss in den Augen des obersten Gerichts. Diese Erwägungen deuten doch bereits in Richtung eines ordre public universel (international) oder doch zumindesten auf eine rechtsvergleichende Rundschau hin. Dass von einem Prinzip des IPR, und nicht des Verfahrensrechts, gesprochen wird, mag wohl daran liegen, dass das Bundesgericht damals wie heute im Widerspruch zur Lehre die materielle Rechtskraft als ein Institut des materiellen Rechts statt des Ver-

1) BGE 46 I 464, 74 II 56/57, 81 I 145/46

2) Dietzi 25; Niedermann 105/06

fahrensrechts ansieht (1).

In einem weiteren Entscheid - 74 II 56/57 - betrachtet das Bundesgericht die öffentliche Vorladung im Urteilsstaat bei an sich möglicher Zustellung im Ausland - die Adresse der Beklagten war dem Kläger und dem Gericht bekannt - als ungehörig und ungenügend, und das in der Folge ergangene Urteil wurde vom obersten Gericht nicht anerkannt, weil es unter Verletzung des ordre public zustandegekommen war in Missachtung grundlegender Rechte der Verteidigung. Das Bundesgericht begründet seine Entscheidung nicht näher, sondern hält dies für eine Selbstverständlichkeit:

"Il est donc clair que, dans ces conditions, le jugement ne saurait être reconnu en Suisse ...".

Ebenso verweigert das Bundesgericht in 81 I 145/46 die Vollstreckung eines in Frankreich ausgefallenen Urteils gegenüber einem bevormundeten Schweizerbürger, der weder gesetzlich vertreten noch ermächtigt war, sich selber zu verteidigen. Würde man nicht am Erfordernis der gehörigen Vorladung des Bevormundeten festhalten, so argumentiert das Bundesgericht, so würde man den ganzen Sinn und Zweck der Institution der Vormundschaft, der Schutz des Mündels, nicht nur in Frage stellen, sondern dieser Schutz würde geradezu illusorisch. Das oberste Gericht geht sogar noch weiter und verneint die Heilung des Mangels, obwohl der Vormund kurz vor der Verhandlung von derselben erfahren hatte und obwohl er gegen den Entscheid in Frankreich keine Rechtsmittel ergriff.

Unbestrittenermassen handelt es sich bei den beiden letzten Entscheiden um solche, bei denen aus verfahrensrechtlichen Gründen, wegen der Art und Weise des Zustandekommens des Entscheides, die Anerkennung und Vollstreckung versagt wurde.

In früheren Urteilen, die in der deutschen Sprache redigiert sind, hat also das Bundesgericht die Frage des formellen ordre public zu Unrecht offen gelassen und unnötigerweise zu der Begründung

1) Walder 281 Anm. 40

Zuflucht genommen, die Verfahrensmängel bei den betreffenden ausländischen Entscheiden seien so oder so als nicht schwerwiegend genug anzusehen, um allenfalls den ordre public zu verletzen (1).

In BGE 85 I 47 begründet nun das oberste Gericht die vermeintlich "neue" Praxis damit, dass die Anerkennung und Vollstreckung eines Entscheides nicht nur seines Inhalts wegen, sondern auch durch die Art und Weise seines Zustandekommens das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzen kann; damit bekennt es sich endlich ausdrücklich zu einer von der Lehre (2) schon lange als selbstverständlich geforderten Theorie.

B) DIE GRUNDSÄTZE IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTES

I. Die Rechtsnatur des ordre public-Vorbehaltes

1. BUNDESRECHT ODER KANTONALES RECHT

Was den ordre public-Vorbehalt im IPR angeht, so ist er zweifelsohne, wie das gesamte IPR, dem Bundesrecht zuzuweisen (3).

Im Internationalen Zivilprozessrecht könnte man nun meinen, dass der Vorbehalt dem kantonalen Recht zuzuordnen sei, da das IZPR vorwiegend kantonales Recht darstellt (4). In diesem Sinne unterschied denn auch das Bundesgericht in einem einzigen Entscheid zwischen bundesrechtlichem und kantonalrechtlichem ordre public, je nachdem ob die Klausel dem eidgenössischen Recht oder dem kantonalen Recht zu Durchbruch verhelfen sollte (5). In einem etwas späteren Entscheid, bei dem es um die Parteifähigkeit ging, ord-

1) BGE 57 I 435, 62 I 145, 63 I 301, 72 I 275, 84 I 46

2) statt vieler: Guldener, IZPR 101/02

3) BGE 64 II 92, 72 II 410, 79 II 91/92

4) Guldener, IZPR 6

5) BGE 76 II 249/250

nete das Bundesgericht den ordre public-Vorbehalt wieder ohne Einschränkungen dem Bundesrecht zu (1).

Die letztere Lösung ist aus folgenden Gründen vorzuziehen: Einerseits sind die Beziehungen zwischen dem IPR und dem IZPR besonders eng; oft werden die Fragen der beiden Rechtsgebiete in ein und demselben Erlass geregelt, und es werden die gleichen Grundbegriffe verwendet, wie insbesondere derjenige des ordre public (2).

Zum anderen muss der sogenannte materielle ordre public auch im IZPR zwangsläufig dem Bundesrechte entnommen werden, da es dabei um die Ueberprüfung des materiellen Inhalts der Entscheidung geht, mithin also die fremde Lösung am Massstab des einheimischen Bundesprivatrechts gemessen wird.

Was den sogenannten formellen ordre public anbetrifft, prüft das Bundesgericht regelmässig, ob nicht in einzelnen kantonalen Gesetzen sich eine ähnliche Lösung findet, wie sie das in Frage stehende ausländische Verfahren getroffen hat; und nur wenn die ausländische Lösung unseren Gesetzen völlig fremd ist, kann der ordre public-Vorbehalt u.U. durchgreifen (3). Kennt aber ein Kanton eine der ausländischen Regelung ungefähr entsprechende Lösung, so verneint das Bundesgericht regelmässig die Anwendung der Klausel mit der Begründung, es könne nicht von einer gegenteiligen, absolute Geltung beanspruchenden Norm der schweizerischen Rechtsordnung gesprochen werden (4).

Bei dieser Argumentation, welche die Schweiz als einheitliches Rechtsgebiet behandelt, bleibt folgerichtig kein Platz mehr für die Anwendung eines kantonalen ordre public-Vorbehalts (5). Verfassungsrechtlich lässt sich diese Lösung zusätzlich damit rechtfertigen, dass der Bund durchaus berechtigt ist, ausnahmsweise zur

1) BGE 79 II 91/92

2) Guldener, IZPR 1/2

3) vgl. hinten III 1a

4) vgl. hinten III 1a

5) Niedermann 113

Verwirklichung des einheitlichen Bundesprivatrechts Normen im an sich kantonalen Bereich zu erlassen (1). Im Falle des ordre public-Vorbehalts soll dadurch vermieden werden, dass sich ein unterschiedlicher ordre public entwickeln kann im IZPR, der sich nicht mehr mit demjenigen im IPR deckt, denn gerade das gilt es zu vermeiden, da die beiden Rechtsgebiete aufs engste miteinander verknüpft sind.

Wenn der kantonale Exequaturrichter also einen ausländischen Entscheid unter Berufung auf den ordre public nicht zur Vollstreckung zulässt oder umgekehrt den Einwand des ordre public nicht zur Anwendung bringt, so lässt sich in beiden Fällen der Entscheid mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht weiterziehen (2), sei es nun wegen Verletzung des Willkürverbots (3) bzw. der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes (4) oder wegen Verletzung einer öffentlichrechtlichen Bestimmung des Bundes, wenn der Vorbehalt noch zusätzlich in einem zur Anwendung gelangenden Staatsvertrag enthalten ist (5).

2. BERUECKSICHTIGUNG VON AMTES WEGEN

Nach BGE 76 III 65/66 ist es Aufgabe des Bundesgerichtes:

"... die Anwendung eines inländischen Rechtssatzes zu gewährleisten oder die Anwendung eines ausländischen zu verhindern, wenn sonst das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt würde ...".

Um dieses Ziel zu erreichen, ist der Vorbehalt von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen, selbst wenn die betreffende Partei sich vor Bundesgericht nicht darauf beruft. Bei der staatsrechtlichen Beschwerde ergeben sich aber Einschränkungen, da hier das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden ist (6).

1) Walder 25

2) OG 84 Abs. 1 lit. a und c; vgl. auch hinten VI 2a

3) BV 4, Niedermann 185; vgl. auch hinten VI 2b

4) Art. 2 Ueb Best BV, Niedermann 186

5) Niedermann 114/15

6) vgl. hinten VI 2 b

II. Das Verbot der *révision au fond*, der *effet atténué* und die Binnenbeziehung

1. DAS VERBOT DER REVISION AU FOND

Nicht nur im Anwendungsbereich gewisser Staatsverträge, worin das Verbot der sachlichen Ueberprüfung der Entscheidung ausdrücklich enthalten ist (1), sondern ganz allgemein gilt im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung das Verbot der *révision au fond* (2), d.h. die Anerkennung einer Entscheidung kann nicht schon deshalb veweigert werden, weil sie möglicherweise falsch ist, eine nochmalige vollumfänglich materielle Ueberprüfung des Entscheides hat zu unterbleiben (3); das Gegenteil würde nämlich auf die allgemeine Verweigerung der Anerkennung ausländischer Urteile hinauslaufen.

2. DER EFFET ATTÉNUÉ

Damit nun der Vorbehalt des *ordre public* trotz des Verbots der *révision au fond* zur Anwendung gelangt, bedarf es bei der Anerkennung und Vollstreckung einer noch grösseren Diskrepanz zwischen der ausländischen und einheimischen Rechtsauffassung als bei der direkten Gesetzesanwendung. Denn das Durchgreifen des Vorbehalts bedeutet nicht bloss, dass sich der einheimische Richter weigert, das ausländische Recht anzuwenden, sondern dass man dem zuständigen ausländischen Richter im Urteilsstaat vorwirft, er hätte das einheimische Recht des Vollstreckungsrichters anwenden müssen anstelle seines eigenen Rechtes (4). Dass man sich bei einem derartigen Eingriff in die Souveränität des fremden Staates grösste Zurückhaltung auferlegen muss, und deshalb dem *ordre public*-Vor-

1) z.B. VA Deutschland - Schweiz Art. 5

2) Kallmann 235

3) BGE 78 II 249/250 (Entscheid im Anwendungsbereich des VA Oesterreich - Schweiz)

4) BGE 78 II 251

behalt im Gebiete der Anerkennung und Vollstreckung engere Grenzen gezogen sein müssen als im Gebiete der direkten Gesetzesanwendung, versteht sich von selbst und wird auch vom Bundesgericht in konstanter Praxis so gehandhabt (1).

In der Lehre wird diese Konsequenz, dass man eher bereit ist, eine ausländische Entscheidung zu anerkennen, als die einschlägige Norm selbst anzuwenden, mit dem Begriff des *effet atténué* umschrieben; der, wie sogleich unter Ziff. 3 gezeigt wird, nicht getrennt werden kann vom Begriff der Binnenbeziehung (2).

Aber noch ein weiterer Grund spricht für diese Zurückhaltung: Wird die ausländische Entscheidung nicht anerkannt, so droht die Gefahr einer Rechtsverweigerung, weil u.U. gar keine Zuständigkeit im Vollstreckungsstaat gegeben ist und die betreffende Partei dann gar keine Möglichkeit hat, ihr Recht gerichtlich geltend zu machen, ausser man nehme im Vollstreckungsstaat eine sogenannte Notzuständigkeit an.

3. DIE BINNENBEZIEHUNG

Die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts setzt sowohl im IPR als auch im IZPR voraus, dass das zu beurteilende bzw. beurteilte Rechtsverhältnis eine ernstlich ins Gewicht fallende Beziehung zur Schweiz, eine sogenannte Binnenbeziehung, aufweist (3). Diese muss u.U. im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung stärker sein als bei der direkten Gesetzesanwendung, denn – wie soeben gezeigt – ist im Bereiche der Anerkennung und Vollstreckung grössere Zurückhaltung bei der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts geboten als bei der direkten Gesetzesanwendung. Um nun diesen *effet atténué* auszugleichen, bedarf es entweder einer umso gravierenderen Verletzung unseres Rechtsempfindens (4) oder einer umso stärkeren

1) erstmals im BGE 78 II 251

2) Neuhaus 365 und 367

3) BGE 78 II 249, 94 II 303

4) Niedermann 180

Binnenbeziehung. Je enger nämlich die Verknüpfung des Sachverhaltes zu unserem Land ist, desto eher ist unser Rechtsempfinden verletzt, desto weniger sind wir bereit, eine fremde Lösung zu anerkennen; umgekehrt muss die Verletzung unserer Rechtsordnung umso schwerer sein, je weniger der Sachverhalt zu unserem Staate Beziehungen aufweist (1).

III. Die Voraussetzung der Verletzung einer grundlegenden Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung

1. DAS VORGEHEN BEI DER BESTIMMUNG EINER GRUNDLEGENDEN VORSCHRIFT DER SCHWEIZERISCHEN RECHTSORDNUNG

a) Die Untersuchung der kantonalen Verfahrensrechte

In seinem bislang neuesten Entscheid (2) fasst das Bundesgericht seine Praxis zusammen und hält zunächst einmal negativ fest, dass es für eine Verletzung des *ordre public* nicht genügt, wenn das ausländische Verfahren lediglich in Widerspruch steht zu einer zwingenden inländischen Regelung. Desweiteren können auch nicht die sich aus Art. 4 BV ergebenden Anforderungen an das einheimische Verfahren in allgemeiner Weise als Bestandteil des schweizerischen *ordre public* angesehen werden. Vielmehr muss die Missachtung der betreffenden einheimischen Vorschrift in unerträglichem Widerspruch zu unserem Rechtsempfinden stehen, es in stossender Weise verletzen.

Dabei untersucht das Bundesgericht regelmässig (3), ob nicht eines unserer 26 kantonalen Verfahrensrechte oder die BZPO eine gleiche oder zumindestens ähnliche Lösung vorsieht, wie sie im zur Vollstreckung angebehrten Entscheid getroffen worden ist. Denn, wenn schon im Inland die gleiche oder eine ähnliche Lösung bekannt

1) BGE 78 II 249 und 251; Niederer 296; Neuhaus 367

2) BGE 103 Ia 532 ff.

3) BGE 101 Ia 527 f., 103 Ia 204 f. und 533 f.; Budin 119

und mit der Verfassung vereinbar ist, so kann logischerweise die gleiche oder eine ähnliche ausländische Bestimmung unser Rechtsempfinden nicht in stossender Weise verletzen.

Ebensowenig kann dann behauptet werden, es handle sich um die Missachtung einer absolute Geltung beanspruchende Norm der schweizerischen Rechtsordnung. Aber nur gerade wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kann der ordre public-Vorbehalt bei der Anerkennung und Vollstreckung zur Anwendung gelangen (1); denn die Nichtanerkennung bzw. Nichtvollstreckung bedeutet, wie gezeigt (2), dass man dem zuständigen ausländischen Richter im Urteilsstaat vorwirft, er hätte das Recht des Vollstreckungsstaates unbedingt beachten sollen, er hätte dasselbe der eigenen Lösung vorziehen müssen.

Dass ein solcher Vorwurf nur selten gerechtfertigt ist, liegt auf der Hand. Es ist deshalb mehr als nur verständlich, wenn es das Bundesgericht nicht dabei bewenden lassen will, dass die in Frage stehende Norm in der Schweiz absolute Geltung beansprucht, sondern neuerdings das schweizerische Ergebnis zusätzlich an einem rechtsvergleichenden Massstab prüft (3). In jüngster Zeit haben diese Untersuchungen jedoch dazu gedient, die Verneinung einer ordre public-Widrigkeit aus schweizerischer Sicht zu bestätigen (4), mit Sicherheit darf aber der soeben getätigte Umkehrschluss gezogen werden, d.h. auch die Bejahung einer ordre public-Widrigkeit aus schweizerischer Sicht würde wohl vom Bundesgericht rechtsvergleichend geprüft werden.

1) BGE 101 Ia 527, 76 III 65/66

2) vorn II 2

3) BGE 101 Ia 527, 103 Ia 205 betr. die EMRK, aber auch schon in BGE 85 I 50, 84 I 49 f.

4) BGE 101 Ia 527

b) Die Ueberprüfung aufgrund der Rechtsvergleichung

In dem sorgfältig begründeten Entscheid 101 Ia 521 ff., bei dem die Anerkennung und Vollstreckung eines nicht motivierten englischen Schiedsspruches zur Debatte gestanden hat, kommt das Bundesgericht in einem ersten Schritt zum Schluss, dass die Begründung eines Schiedsspruches auch in der Schweiz nicht absolut unerlässlich ist und folglich nicht von einer unerträglichen Verletzung des einheimischen Rechtsempfindens gesprochen werden kann (1).

Aber es begnügt sich nicht mit dieser Feststellung, sondern setzt zu einem höchst interessanten, rechtsvergleichenden Exkurs an. Dabei hält es zunächst fest, dass sowohl die BRD als auch Frankreich im internationalen Bereich auf ein absolutes Begründungserfordernis des Schiedsspruches verzichten. Dies ist von besonderer Bedeutung, was Frankreich anbetrifft, da bei inländischen französischen Schiedssprüchen kein Verzicht auf die Begründung möglich ist; wogegen bei inländischen deutschen Schiedssprüchen die Parteien einen Verzicht vereinbaren können (2).

Nun aber lässt es das Bundesgericht auch damit nicht bewenden, sondern es geht noch einen Schritt weiter und untersucht die Lösung des europäischen Übereinkommens über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, wiewohl die Schweiz diesem Übereinkommen bis dato noch nicht beigetreten ist. Denn das Bundesgericht erachtet es als durchaus sinnvoll bei einem so "delikatem" Problem, das sich infolge der Koexistenz verschiedener juristischer Systeme und unterschiedlicher Traditionen stellt, sich auf eine Lösung, die durch Experten ausgearbeitet wurde, zu beziehen.

Im Art. VIII der genannten Konvention wird nun einerseits die Möglichkeit eines ausdrücklichen Verzichts der Parteien festgehalten und andererseits auch die Möglichkeit eines konkludenten Verzichts dadurch, dass die Parteien auf eine Schiedsgerichtsordnung Bezug nehmen, die eine Begründung des Urteils im Regelfall nicht vor-

1) 101 Ia 526/27

2) 101 Ia 528 und dort zit. Literatur

sieht (1). Letzteres trifft auf das schiedsgerichtliche Verfahren in Grossbritannien zu. Die Zulässigkeit des Verzichts muss umso mehr anerkannt werden, als eben zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen gewisse Unterschiede existieren und respektiert werden sollen (2).

Dieser interessante und weltoffene Ansatzpunkt in der Bundesgerichtspraxis verdient grösstes Lob und sollte in Zukunft weiterentwickelt werden.

2. DAS ERFORDERNIS DER KONKRETHEIT UND KAUSALITÄT DER VERLETZUNG IM EINZELFALL

In Übereinstimmung mit der Lehre (3) fordert auch das Bundesgericht regelmässig, dass im konkreten Fall eine Lösung oder ein Ergebnis vorliegen muss, welches das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt (4).

So müssen z.B. konkrete Umstände im Einzelfall nachgewiesen werden, welche die tatsächliche Befangenheit ausländischer Schiedsrichter einer staatlichen Handelskammer nicht nur als wahrscheinlich erscheinen lassen, sondern es wird gar gefordert, dass die prozessualen Rechte der betreffenden Partei in einem Masse verletzt wurden, das sich nicht mehr mit einem geordneten Schiedsverfahren vereinbaren lässt (5). Ein wahrlich nicht leicht zu führender Beweis!

Das Erfordernis der Konkretheit bedeutet zugleich auch, dass der Verfahrensverstoss kausal gewesen sein muss für die jeweilige Verletzung im Einzelfall, wie der folgende Entscheid zeigt: In BGE 96 I 398/99 wurde die Prüfung der hypothetischen Frage, ob die Annahme der Rechtskraft eines ausländischen Urteils gegen den

1) BGE 101 Ia 529

2) BGE 101 Ia 529

3) statt vieler: Niederer 295

4) BGE 93 I 277, 96 I 396 ff., 103 Id 73

5) BGE 93 I 277, gegenteilig noch BGE 81 I 145/46

ordre public verstosse, wenn dasselbe durch Aufgabe per Post gemäss DZPO § 175 als zugestellt gilt – unbesehen, ob es auch bei der Partei eingetroffen ist –, abgelehnt. Es konnte nämlich davon ausgegangen werden, dass die betreffende Partei das Urteil erhalten und infolgedessen Gelegenheit gehabt hatte, Rechtsmittel zu ergreifen.

3. KLEINE KASUISTIK

Um das Bild von Verletzungen grundlegender Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung vorläufig etwas zu erhellen, sei hier eine kleine Kasuistik angefügt:

Nicht anerkannt und vollstreckt wurde wegen Verletzung des ordre public ein Säumnisurteil, das aufgrund einer ungehörigen Ediktalzustellung ergangen war (1).

Ebenfalls wurde die Vollstreckung eines Urteils versagt, das gegenüber einem weder gesetzlich vertretenen noch zur selbständigen Prozessführung ermächtigten Bevormundeten erging (2).

Desweiteren brauchte eine durch einen nicht legitimierten Rechtsanwalt vertretene Partei ein Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen, da ihr mangels gehöriger Vorladung jede Möglichkeit fehlte, sich am Verfahren zu beteiligen (3).

Diese Fälle, in denen der Anspruch auf das rechtliche Gehör aufs elementarste verletzt wurde, sind denn auch die einzigen Entscheide, in denen das Bundesgericht tatsächlich die Anerkennung und Vollstreckung wegen Missachtung grundlegender Verfahrensvorschriften unserer Rechtsordnung verweigert hat.

In neuerer Zeit hatte das Bundesgericht zwar häufig zum ordre public-Problem Stellung zu beziehen, jedoch hat es die Anwendung

1) BGE 74 II 56/57, vgl. vorn lit. A

2) BGE 81 I 145/46, vgl. vorn lit. A

3) BGE 85 I 49

der Unvereinbarkeitsklausel stets abgelehnt. So sah das oberste Gericht in einem nicht mit einer Begründung versehenen Schiedsspruch – in Bestätigung seiner eigenen Praxis – keine Verletzung des ordre public (1). Auch das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung (2), ja sogar das Fehlen von Rechtsmitteln gegenüber Schiedssprüchen schlechthin, wurde von ihm als mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung vereinbar betrachtet (3). Ebenso hält das Bundesgericht in seinem bislang jüngsten Entscheid in dieser Materie den Verlust eines Rechtsmittels dadurch, dass eine bei einem unzuständigen Gericht eingereichte Rechtsmittelschrift weder von Amtes wegen an das zuständige Gericht weigergeleitet noch an den Absender retourniert worden ist, nicht für einen Verstoß gegen den ordre public (4).

Diese vollstreckungsfreundliche Entwicklung in der Praxis des obersten Gerichts lässt sich auch noch besonders eindrucksvoll an den folgenden Entscheiden verdeutlichen: Im Entscheid 96 I 398 hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Postzustellung eines ausländischen Entscheids an eine in der Schweiz wohnhafte Partei dann nicht dem ordre public widerspricht, wenn die Partei das Urteil rechtzeitig erhalten hat und ohne weiteres die entsprechenden Rechtsmittel hätte ergreifen können. Ob jedoch bei Nichtzustellung, z.B. infolge eines Versehens der Postorgane, das Urteil rechtskräftig und somit vollstreckbar geworden wäre, liess das Bundesgericht damals offen.

Im nächsten Entscheid (5), in dem es wiederum um die Postzustellung gemäss DZPO § 175 (6) ging, hat das oberste Gericht ent-

1) BGE 101 Ia 527 f.

2) BGE 96 I 399, 101 Ia 157

3) BGE 101 Ia 158, 63 I 301/02

4) BGE 103 Ia 531 ff.

5) BGE 97 I 250 ff.

6) DZPO § 175

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen lässt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellung bis zur nachträg-

schieden, dass ein Verstoss gegen die schweizerische öffentliche Ordnung dann nicht vorliegt, wenn die betreffende Partei angefordert worden ist, einen Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland zu bezeichnen, und wenn sie davon in Kenntnis gesetzt worden ist, dass im Unterlassungsfalle das Urteil nach DZPO § 175 zugestellt werden kann, wobei es im Augenblick der Postaufgabe als unwiderlegbar zugestellt gelte. Die betreffende Partei konnte sich also in der Folge der Vollstreckung des deutschen Säumnisurteils nicht mit der Begründung widersetzen, sie hätte das Dispositiv nie erhalten.

Offen aber liess das oberste Gericht ausdrücklich in diesem Entscheid die Frage, wie zu entscheiden wäre, wenn die Partei nicht im oben erwähnten Sinne aufgefordert und auf die Unterlassungsfolgen hingewiesen worden wäre.

Im Entscheid 102 Ia 315/16 hatte nun das Bundesgericht auch noch zu dieser ausgesparten Frage Stellung zu nehmen; und wiederum verneinte es einen Verstoss gegen den ordre public, da einerseits in der Schweiz selbst einzelne Kantone ähnliche Regelungen kennen und anderseits das VA mit Deutschland lediglich an die Zustellung der einleitenden Ladung oder Verfügung besondere Erfordernisse stellt (1)(2). Somit hat also die gehörig vorgeladene Partei ein gegen sie ergangenes Säumnisurteil gegen sich gelten zu lassen, auch wenn es ihr ohne ihr Wissen auf dem Postwege gemäss DZPO § 175 zugestellt worden ist und sie es möglicherweise gar nie erhalten hat.

lichen Benennung in der Art bewirkt werden, dass der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnort zur Post gibt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung "Einschreiben" zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.

Vgl. auch ZPO § 30.

1) Art. 4 Abs. 3

2) betr. weitere Besonderheiten bei Anwendung eines Staatsvertrages vgl. hinten Ziff. V

Im bislang jüngsten Entscheid zu deutschen Säumnisurteilen (1) wurde zudem noch festgehalten, dass die – im Einklang mit der deutschen ZPO – weder mit einer Sachverhaltsdarstellung noch mit Entscheidungsgründen versehenen Urteile den schweizerischen ordre public nicht verletzen, zumal gegen sie ein Einspruch gemäss DZPO § 328 möglich ist, der nicht näher begründet werden muss.

IV. Das Verhältnis zwischen der Verletzung des Rechts des Urteilsstaates und der Verletzung des ordre public

1. PROBLEMATIK

Im folgenden sind zwei Fragen, die voneinander nicht getrennt werden können, zu untersuchen: Zum einen gilt es abzuklären, ob ein Verfahrensverstoss gegenüber dem Rechte des Urteilsstaates dazu führen kann, dass der ordre public-Vorbehalt eher zur Anwendung gelangt. Zum anderen lässt sich die Frage, ob gegen diesen Verfahrensfehler nicht bereits im Urteilsstaat hätten Rechtsmittel ergriffen werden müssen, davon nicht trennen. Denn bejaht man diese Frage, so müsste der betreffenden Partei der Einwand der Verletzung des Verfahrensrechtes des Urteilsstaates im Vollstreckungsstaat wohl verwehrt werden, was gleichbedeutend ist mit der Schlussfolgerung, die Verletzung des Rechtes des Urteilsstaates sei nicht oder nicht mehr zu beachten.

Auszuklammern ist hier die Frage der gesetzlich verankerten Überprüfungsmöglichkeit des ausländischen Verfahrens durch den Exequaturrichter, wie sie z.B. das NYÜ vorsieht. Wie im Anwendungsbereich dieses Abkommens vorzugehen ist, wird hinten näher zu behandeln sein (2).

1) BGE 103 Ia 199 ff.

2) hinten 2. Teil: § 8 A

2. DIE ÄLTERE PRAXIS DES BUNDESGERICHTES

In seinen früheren Entscheiden (1) hatte das Bundesgericht die Verletzung des ausländischen Verfahrensrechtes untersucht und z.B. in 85 I 50/51 ausdrücklich angeführt, dass die Prozessführung durch einen vollmachtlosen Vertreter nach dem deutschen Recht - dem Recht des Urteilsstaates - einen schweren Verfahrensmangel darstellt und der betreffenden Partei eine Nichtigkeitsklage gemäss DZPO § 579 Ziff. 4 offen gestanden wäre. Es lehnte jedoch in demselben Entscheid eine Pflicht der verletzten Partei ab, die im Urteilsstaate zur Verfügung stehenden ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel zu ergreifen, d.h. das oberste Gericht betrachtete die Ergreifung von Rechtsmitteln im Urteilsstaat gegen die fehlerhafte Entscheidung nicht als Voraussetzung, um sich im Vollstreckungsstaate auf den ordre public berufen zu können. Es führte sogar wörtlich aus:

"Die in der Schweiz wohnhafte Partei, der gegenüber im Ausland ein gegen den schweizerischen ordre public verstossendes Urteil ergeht, darf dessen Vollstreckung in der Schweiz abwarten und den Mangel dann geltend machen. Insbesondere kann jemanden nicht zugemutet werden, im Ausland Rechtsmittel zu ergreifen gegen ein Urteil in einem Prozess, den dort ein Anwalt ohne Vollmacht und ohne Wissen und Willen des angeblich von ihm Vertretenen in dessen Namen geführt hat..."

In diesem Entscheid hatte also das Bundesgericht einerseits, um die ordre public-Widrigkeit zu unterstreichen, auf die Verletzung des Rechts des Urteilsstaates hingewiesen, aber anderseits der betreffenden Partei keine Pflicht auferlegt, diesen Mangel schon im Urteilsstaat zu rügen.

1) BGE 81 I 145, 85 I 50/51

3. DIE NEUERE TENDENZ IN DER BUNDESGERICHTSPRAXIS

Im Entscheid 97 I 157/158 hat das Bundesgericht die Frage, ob an den soeben dargelegten Erwägungen festgehalten werden kann, bewusst offen gelassen und damit wohl eine bevorstehende Praxisänderung angedeutet; eine Aenderung, die es bereits im Zusammenhang mit der Beanstandung der Zusammensetzung des Schiedsgerichts und dessen Unabhängigkeit vollzogen hat.

So äusserte das oberste Gericht schon im Entscheid 84 I 61/62 erste Zweifel, ob die Praxis zu BV 61, wonach die betreffende Partei noch im Vollstreckungsverfahren die Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes rügen kann, selbst wenn sie sich vorbehaltlos eingelassen hatte, auch auf internationale Verhältnisse anwendbar sei. Das Bundesgericht drückte sich damals noch vorsichtig und zurückhaltend aus und sprach davon, dass es nicht wohl vereinbar sei mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass sich ein Grosskaufmann zuerst vor einem vereinbarten ausländischen Schiedsgericht einlasse, um dann im Falle des Unterliegens die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu beanstanden (1).

Diese schon vor mehr als 20 Jahren eingeleitete Praxis bestätigte dann das Bundesgericht in seinen neueren und neuesten Entscheiden zum Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte (2). Im Entscheid 93 I 60 sprach das oberste Gericht sogar davon, dass die betreffende Partei zu spät sei mit diesem Einwand im Vollstreckungsverfahren, da sie von ihren Rechtsmitteln im Urteilsstaate keinen Gebrauch gemacht habe. Im Entscheid "Provenda S.A. contre Alimenta S.A. et Genève, cour de justice" bestätigte das Bundesgericht diese Argumentation und erblickte offenbar in der vorbehaltlosen Einlassung und im Verzicht auf die Rechtsmittel im Urteilsstaat auch einen Verzicht auf die Einrede der mangelnden Unabhängigkeit im Vollstreckungsverfahren (3).

1) BGE 84 I 62

2) BGE 93 I 60/61 und 276/77, vgl. auch hinten 3. T.: § 3 C BGE 101 Ia 525

3) BGE 101 Ia 525

Diese Entscheide im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes zeigen deutlich, dass das Bundesgericht von der verletzten Partei die Ergreifung der Rechtsmittel im Urteilsstaat verlangt, sofern dies ihr möglich und zumutbar gewesen ist. Gegenteiligenfalls nämlich betrachtet es das oberste Gericht als einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, sich erst im Stadium der Vollstreckung auf solche Mängel zu berufen. In seinem bislang neuesten Entscheid (1), in dem es darum ging, ob im Verlust eines Rechtsmittels dadurch, dass in einem ausländischen Verfahren eine bei einem unzuständigen Gericht eingereichte Rechtschrift weder weitergeleitet noch an den Absender retourniert wurde, ein Verstoss gegen den schweizerischen ordre public zu erblicken sei, stellte das Bundesgericht aus einem ganz besonderen Grund massgeblich darauf ab, ob in den Vereinigten Staaten - dem Urteilsstaat - eine gesetzlich verankerte Weiterleitungspflicht bestand. Eine solche Weiterleitungspflicht, die auch in der Schweiz nicht absolut und überall gilt - wie das oberste Gericht feststellt (2) -, konnte im amerikanischen Verfahrensrecht nicht nachgewiesen werden. Da nun einem schweizerischen Gericht beim Fehlen einer gesetzlichen Pflicht zur Weiterleitung keine Verfassungsverletzung vorgeworfen werden kann, kann folglich auch einem amerikanischen Gericht diese Unterlassung nicht unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung zur Last gelegt werden und die Anerkennung und Vollstreckung des rechtskräftig gewordenen Urteils verweigert werden.

Im folgenden - was hier der Vollständigkeit halber erwähnt sei - verneinte das oberste Gericht einen Anspruch der verletzten Partei aus Treu und Glauben, dass ihr die Rechtsschrift unverzüglich von der unzuständigen Stelle zurückgesandt werden müsse. Ein solcher Anspruch ist nämlich im nationalen Bereich bislang nie zur Untersuchung gelangt und überdies, nach der Auffassung des Bundesgerichtes, im internationalen Bereich zu wenig gravierend, um die

1) BGE 103 Ia 531 ff.

2) BGE 103 Ia 533/34

Anerkennung und Vollstreckung unter Berufung auf den ordre public-Vorbehalt zu verweigern (1).

4. ZUSAMMENFASSUNG

Wie das letzte Beispiel aus der Bundesgerichtspraxis darlegt, kann unter besonderen Umständen die Verletzung oder umgekehrt die Einhaltung der Verfahrensvorschriften des Urteilsstaates den Entscheid darüber beeinflussen, ob der ordre public verletzt wurde oder nicht; von einer allgemeinen Massgeblichkeit der Verletzung des Rechts des Urteilsstaates zu sprechen, wäre aber verfehlt (2).

Die vorbehaltlose Einlassung und der Verzicht auf Rechtsmittel im Urteilsstaat sind jedoch zu beachten und können dazu führen, dass sich die betreffende Partei nicht mehr auf die im Urteilsstaate nunmehr präkludierte Verfahrensverletzung berufen kann.

Für eine genauere Untersuchung dieser Fragen sei auf die Teile 2 und 3 dieser Arbeit verwiesen (3).

V. Besonderheiten bei der Anwendung von Staatsverträgen

1. DIE RECHTSNATUR DER STAATSVERTRÄGE; STAATSVERTRÄGE ALS BUNDESRECHT

Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts werden die vom Bundesrat ratifizierten Staatsverträge regelmässig zu einem Teil des schweizerischen Bundesrechts und damit der schweizerischen Rechtsordnung (4).

1) BGE 103 Ia 535/36

2) vgl. dazu auch hinten § 3 D IV 1 und 2

3) hinten 2. T.: § 8 A II 1 b, zur Unabhängigkeit hinten 3. T.: § 3 C

4) BGE 103 Ia 205, 101 Ia 526, 94 I 362/63, 81 I 231, 81 II 179

2. DIE FOLGEN FUER DEN ORDRE PUBLIC-VORBEHALT

a) Negative Folge

Folgenden Gedankengang, der sich in der Praxis des obersten Gerichts stetig wiederholt (1), findet man bereits im Entscheid 62 I 145/46: Waren der Schweiz beim Beitritt zu einem bilateralen oder multilateralen Uebereinkommen die Besonderheiten des Verfahrensrechtes eines Mitgliedstaates bekannt und trat die Eidgenossenschaft dem Abkommen vorbehaltlos bei, so erblickt das Bundesgericht darin regelmässig eine Anerkennung der ausländischen Regelung und damit einen Verzicht auf die absolute Geltung der gegenteiligen schweizerischen Regelung; was zum Schluss führt, dass die betreffenden ausländischen Verfahrensnormen nicht gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstossen können.

b) Positive Folge

Umgekehrt bedeutet die Zugehörigkeit eines Staatsvertrages zur schweizerischen Rechtsordnung auch, dass er heranzuziehen ist bei der Bestimmung des Inhalts der ordre public-Klausel (2).

Dies gilt im besonderen Masse für multilaterale Abkommen, wie die Europäische Menschenrechtskonvention oder das NYÜ und bewirkt, wie hinten näher dargelegt wird (3), eine Internationalisierung und Harmonisierung des ordre public-Vorbehalts, denn durch diese multilateralen Uebereinkommen bilden sich allmählich gemeinsame allgemeine Rechtsgrundsätze heran. Diese Tendenz der Harmonisierung und Angleichung wird auch noch durch eine weitere Folge der Staatsverträge verstärkt, die sogleich unter Ziff. 3 zu behandeln sein wird.

1) Zusammenfassung in BGE 101 Ia 526 sowie BGE 103 Ia 203/04

2) BGE 103 Ia 205

3) hinten § 3 D III und IV 3; § 4 B I und II

3. DAS VERHAELTNIS DER SPEZIELLEN VORAUSSETZUNGEN DER ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG IN DEN STAATSVETRÄGEN ZUM ALLGEMEINEN VORBEHALT DES ORDRE PUBLIC

Die Vollstreckungsverträge enthalten regelmässig gewisse, ausdrücklich formulierte Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung. So z.B. die Bestimmung von Art. 4 Abs. 3 des Uebereinkommens mit Deutschland, wonach bei Säumnisurteilen die einleitende Ladung oder Verfügung an den Beklagten im Auslande auf dem Rechtshilfewege zu erfolgen hat.

Das Bundesgericht hatte wiederholt zu Problemen der Anerkennung und Vollstreckung solcher deutschen Säumnisurteilen Stellung zu nehmen (1), und die dabei entwickelten Grundsätze lassen sich wohl auch auf andere ausdrückliche Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung in anderen Staatsverträgen übertragen, handelt es sich doch grundsätzlich immer um sogenannte spezielle ordre public-Klauseln (2) und deren Verhältnis zum allgemeinen Vorbehalt.

Das oberste Gericht argumentiert nun folgendermassen: Wenn das Vollstreckungsabkommen lediglich an die einleitende Ladung oder Verfügung besondere Voraussetzungen stellt und im übrigen bezüglich der Rechtskraft auf das Recht des Urteilsstaates abstellt, so dürfen nicht über den ordre public-Vorbehalt zusätzliche Voraussetzungen an die Zustellung des Urteils und damit an dessen Vollstreckbarkeit gestellt werden (3).

Noch deutlicher drückt das oberste Gericht diesen Grundsatz in einem französisch redigierten Entscheid bezüglich der Begründungspflicht eines Schiedsspruches aus (4):

1) vgl. vorn III 3

2) vgl. vorn § 1 E II

3) 102 Ia 316, 97 I 250 ff., 96 I 398, aber auch schon 59 I 436 f. bezügl. VA Oesterreich - Schweiz schon 57 I 436 f.

4) 101 Ia 526

"Il faut observer à ce sujet que plus sont détaillées les conditions formelles auxquelles une convention subordonne l'exécution des sentences arbitrales, moins est étendu le champ d'application de la réserve - expresse ou tacite - de l'ordre public: cette réserve ne doit pas permettre d'exclure, par des voies détournées, l'application des conventions internationales signées par la Suisse et qui font partie du droit suisse, donc d'exclure finalement l'application du droit suisse; elle ne doit pas aboutir en dernière analyse à une violation du traité, dont le but est justement de reconnaître l'existence de systèmes juridiques différents et de les coordonner."

Die speziellen ordre public-Klauseln schränken also - und darin befindet sich das Bundesgericht in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre (1) - die allgemeine Vorbehaltsklausel ein. Die speziellen Klauseln begrenzen nämlich die Anwendung des allgemeinen ordre public-Vorbehalts in zweierlei Hinsicht:

Erstens sagen sie positiv, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Entscheid anerkannt und vollstreckt werden kann; bzw. sie sagen, unter welchen Voraussetzungen die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden darf.

Zum zweiten geben sie negativ - im Sinne eines argumentum e contrario - Aufschluss darüber, welche Voraussetzungen nicht zum Inhalt des allgemeinen ordre public-Vorbehalts gerechnet werden dürfen, weil auf diese Voraussetzungen durch die speziellen Bestimmungen des jeweiligen Staatsvertrages gerade verzichtet worden ist.

1) vgl. vorn § 1 E II

VI. Die Rechtsmittel

1. DER KANTONALE INSTANZENZUG

Innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches von Staatsverträgen über die Anerkennung und Vollstreckung ist im Kanton Zürich der Einzelrichter im summarischen Verfahren erstinstanzlich zuständig. Innerhalb des Anwendungsbereiches der Uebereinkommen entscheidet er als Rechtsöffnungsrichter im Rechtsöffnungsverfahren über die Vollstreckbarkeit (1); ausserhalb derselben entscheidet er als Befehlsrichter entweder im kantonalen Vollstreckungsverfahren (2) oder in einem besonderen Exequaturverfahren (3), falls ein solches beantragt wird, darüber.

Gegen die Verfügung des Einzelrichters im Befehlsverfahren wie auch im Rechtsöffnungsverfahren ist Rekurs ans Obergericht gemäss § 272 möglich; im letzteren Falle nur deshalb, weil vom Ausschluss des Rekurses im Rechtsöffnungsverfahren nach Ziff. 3 des zitierten Paragraphen die Entscheide, bei denen es um die Vollstreckung ausländischer Urteile geht, ausgenommen sind (4).

Gegen den Entscheid des Obergerichts kann schliesslich auf kantonaler Ebene noch eine Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht erhoben werden (5). Auf diese ist aber nicht einzutreten, wenn im Sinne von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO dem Bundesgericht die vollumfängliche Kognitionsbefugnis bezüglich der geltend gemachten Mängel zusteht, was innerhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge zutrifft (6).

1) BGE 93 I 270

Sträuli/Messmer § 302 N 25

2) Sträuli/Messmer § 302 N 25

3) Sträuli/Messmer § 302 N 24

4) Sträuli/Messmer § 272 N 15

hier gilt die Streitwertgrösse der ZPO, da dieselbe nur bei der Konkursöffnung entfällt

Sträuli/Messmer § 272 N 7

5) § 281 ZPO

6) BGE 101 Ia 522/23, vgl. auch hinten 2 b

Sträuli/Messmer § 285 N 20

2. DAS RECHTSMITTEL AN DAS BUNDESGERICHT

a) Die staatsrechtliche Beschwerde

Innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge steht gegenüber dem kantonalen Entscheid über die Vollstreckbarkeit nur die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht offen, und zwar im ersten Fall gestützt auf lit. a und c von Art. 84 OG – Verletzung von verfassungsmässigen Rechten bzw. von Staatsverträgen –, während man sich im letzteren Fall nur auf lit. a – die Verletzung verfassungsmässiger Rechte – berufen kann.

Die zivilrechtlichen Rechtsmittel ans Bundesgericht – Berufung (1) und Nichtigkeitsbeschwerde (2) – versagen deshalb, weil es sich bei den Entscheiden im Zusammenhang mit der Vollstreckung nicht um Entscheide in Zivilsachen handelt (3).

Die betreibungsrechtliche Aufsichtsbeschwerde (4) steht nur gegenüber Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden der Betreibungs- und Konkursämter offen, und nicht gegenüber den gerichtlichen Rechtsöffnungsverfahren, womit auch dieses Rechtsmittel ans Bundesgericht nicht ergriffen werden kann.

b) Die Kognition des Bundesgerichtes

aa) Ausserhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge

Hier ist die Kognition des Bundesgerichtes stark eingeschränkt und erschöpft sich in der Willkürprüfung, da in diesem Fall die Frage der Anerkennung und Vollstreckung in der Hauptsache vom kantonalen Recht geregelt wird (5).

1) OG 43 ff.

2) OG 68 ff.

3) BGE 41 II 623; Guldener, IZPR 117

4) SchKG 19, OG 75 ff.

5) BGE 101 Ia 523; Budin ZSR 96 (1977) 111

bb) Innerhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge

Besteht hingegen ein Staatsvertrag, so überprüft das oberste Gericht dessen Anwendung und Interpretation durch die kantonalen Behörden vollumfänglich und frei (1).

Zudem können auch vor Bundesgericht noch neue Tatsachen geltend gemacht werden und neue Beweise abgenommen werden, unabhängig davon, ob die betreffende Partei den kantonalen Instanzenzug ausgeschöpft hat oder nicht (2).

Umgekehrt gilt es aber zu beachten, dass das Bundesgericht an die Anträge der Parteien in tatsächlicher Hinsicht gebunden ist, die Weglassung also nicht geheilt werden kann von den Richtern (3). Da das Bundesgericht den ordre public-Vorbehalt von Amtes wegen anzuwenden hat, genügt jedoch eine entsprechende Tatsachendarstellung; eine ausdrückliche Berufung auf den ordre public ist nicht nötig (4).

c) Die Frage der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges

aa) Ausserhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge

Nach Art. 86 Abs. 2 OG ist die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger erst zulässig, wenn der kantonale Rechtsmittelweg erschöpft ist. Dazu gehört in Anbetracht der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts (5) auch die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde (6).

1) BGE 101 Ia 523; Budin ZSR 96 (1977) 112

2) BGE 101 Ia 523/24; Budin ZSR 96 (1977) 112

3) BGE 101 Ia 524 und dort zit. Entscheide;
Budin ZSR 96 (1977) 112

4) vgl. vorn I 2

5) vgl. vorn lit. b

6) Sträuli/Messmer § 285 N 19 und 21
Birchmeier Art. 86 N 4b und c

bb) Innerhalb des Anwendungsbereiches der Staatsverträge

Wird jedoch die Verletzung eines Staatsvertrages geltend gemacht, so steht es der betreffenden Partei frei, ob sie von den kantonalen Rechtsmitteln Gebrauch machen will oder nicht (1).

Ergreift in diesem Fall eine Partei gleichzeitig mit der staatsrechtlichen Beschwerde auch noch ein kantonales Rechtsmittel, so entscheidet das Bundesgericht nach Zweckmässigkeitsgründen, ob auf die Beschwerde einzutreten sei oder ob deren Behandlung sistiert werde, bis der Entscheid der kantonalen Instanz vorliegt (2).

Grundsätzlich ist es also möglich, schon gegen den Entscheid des Einzelrichters direkt die staatsrechtliche Beschwerde zu ergreifen innerhalb der Beschwerdefrist von 30 Tagen (3), was insbesondere von Bedeutung sein kann, wenn eine Partei die 10tägige Rekursfrist nach zürcherischen Recht versäumt hat (4), da sie dann prinzipiell mit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (5).

3. KRITISCHE WUERDIGUNG

Wie gezeigt, ergeben sich also grosse Unterschiede in der Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes, je nachdem ob die *ordre public*-Klausel in einem Staatsvertrag enthalten ist oder nicht. Diese auf den ersten Blick stossende Ungleichheit – freie Ueberprüfung einerseits, nur Willkürprüfung anderseits – erfährt jedoch dadurch eine Milderung, dass jeder Fehler einer kantonalen Instanz, sei es, dass sie zu Unrecht den *ordre public*-Vorbehalt anwendet oder verneint, zugleich immer einen Verstoss gegen das Willkürverbot bedeutet, da der Begriff des *ordre public* im Willkürverbot mitenthalten ist, wobei der erstere enger ist als das letztere (6).

1) OG 86 Abs. 3; Birchmeier Art. 86 N 6

2) Birchmeier Art. 86 N 6 und dort zit. Entscheide

3) OG 89

4) ZPO § 276

5) ZPO § 285; Sträuli/Messmer § 285 N 3

6) BJM 1973, 200; BGE 101 Ia 526 und 530; BGE 103 Ia 532

Folgender Gedankengang verlangt aber eine weitergehende Gleichstellung der beiden Fallgruppen: Wie vorne gezeigt worden ist (1), gehört der ordre public-Vorbehalt im internationalen Verfahrensrecht dem Bundesrecht an, und nicht dem kantonalen Recht. Das Ziel dieser Forderung – ein einheitlicher ordre public-Begriff im IPR und im IZPR der ganzen Schweiz – kann aber nur durch eine völlige Gleichstellung im bundesrechtlichen Rechtsmittelsystem manifestiert und erreicht werden.

Nun selbst das Postulieren eines nicht nur bundesrechtlichen, sondern sogar selbständigen verfassungsrechtlichen ordre public-Vorbehalts würde nicht weiter helfen, denn bestehen blieben die rein formellen Unterschiede bezüglich der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzuges und des Novenrechts; Unterschiede, die von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit sind und nach der einen oder anderen Richtung hin bereinigt werden sollten bei einer Gesetzesrevision. Dabei drängt sich m.E. die Lösung auf, wie man sie jetzt ausserhalb der Staatsverträge hat, denn einerseits soll die staatsrechtliche Beschwerde nicht zu einem "ordentlichen" Rechtsmittel umgestaltet werden und zum anderen soll die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides auf möglichst einfachem und raschem Wege bewirkt werden können und der Gegenpartei nicht Tür und Tor geöffnet werden, um das Verfahren zu verzögern. Zudem gebietet die kassatorische Natur der staatsrechtlichen Beschwerde eine erhöhte Zurückhaltung bei einer allfälligen Neugestaltung der Rechtsmittel ans Bundesgericht (2).

1) vgl. vorne I 1

2) vgl. dazu auch BGE 101 Ia 69

§ 3 DIE THEORETISCHEN LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN IM VERFAHRENSRECHT

A) DIE FRAGESTELLUNG UND DAS WEITERE VORGEHEN

I. Die Fragestellung

Mit Oftinger (1) ist davon auszugehen, dass die richtige Fragestellung einer der zentralen Punkte jeder Abhandlung darstellt, weshalb im folgenden die entscheidenden Fragen gestellt werden müssen, um die richtigen Antworten zu finden.

Die Forderung nach der Konkretisierung, der normativen Festlegung der allgemeinen ordre public-Klausel, ist nun in der Lehre meistens verneint worden (2), oder man ist ihr doch mit grosser Skepsis gegenübergetreten (3).

Anders Kahn (4); er sprach sich deutlich für eine Konkretisierung des ordre public aus, für ihn war und blieb der ordre public "der NOCH UNERKANNTEN UND UNFERTIGEN TEIL DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS".

Gleichfalls setzten sich Meili/Mamelok (5) für eine Konkretisierung der ordre public-Klausel ein, insbesondere im Rahmen staatsvertraglicher Uebereinkünfte (6).

Die primäre Frage gilt aber m.E. nicht der Konkretisierung der ordre public-Klausel selbst, sondern man muss sich vorweg fragen, wieso überhaupt diese Notbremse gezogen wird. Daran hat dann die Frage anzuschliessen, wie, mit welchen juristischen Konstruk-

1) 149

2) Niederer 287/88; Schnitzer I 236; Neuhaus 369/70; vgl. aber das Zitat in Anm. 3

3) Neuhaus 366 und 367/68

4) Kahn I 251 (Sperrung im Original); zustimmend Wiethölter 136/37

5) Meili/Mamelok 20/21

6) hinten D I

tionen und Mitteln, kann der Rückgriff auf die Notlösung des ordre public-Vorbehalts vermieden werden. Können nämlich z.B. gewisse Voraussetzungen, die man an das ausländische Verfahren stellt, generell-abstrakt in allgemein gültigen Normen fixiert werden, so sind dieselben von der Vorbehaltsklausel auszugliedern (1). Nur so kann man der Antinomie unserer Rechtsordnung - Rechtssicherheit einerseits, Einzelfallgerechtigkeit andererseits - gerecht werden, indem man zum einen diese Normen erkennt, konkretisiert und vom allgemeinen Vorbehalt ausgliedert und damit denselben in gewisser Hinsicht einschränkt, ihn aber dennoch zum andern offen belässt für die Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit und dadurch dem Gerechtigkeitsempfinden seinen Spielraum bewahrt (2).

Allerdings muss man sich bei diesem Unternehmen angesichts der immer stärker werdenden internationalen Verflechtungen vor einem nationalistischen Einzelgang hüten; vielmehr ist eine überstaatliche, internationale Regelung anzustreben (3). Diese internationalen Verflechtungen zwingen uns wohl auch dazu, das einheimische Rechtsempfinden, das im wesentlichen den Inhalt des allgemeinen ordre public-Vorbehalts ausmacht, über die Grenzen hinweg kritisch zu prüfen, um nicht auf dem Umwege über die Vorbehaltsklausel auf Abwege zu geraten (4).

1) für das IPR, Kahn I 251/52

2) Niederer 287/88 sieht als einzigen Massstab für die Anwendung des ordre public des Rechtsgefühl des Richters

3) in diesem Sinne für ein "internationales Wirtschaftsrecht", Wiethölter 162 und 176

4) Wiethölter 172

II. Zum weiteren Vorgehen

Nach einer Analyse der Lehre und Rechtsprechung, welche darüber Aufschluss geben soll, weshalb man im Internationalen Verfahrensrecht den ordre public-Vorbehalt anwendet, wird zunächst versucht werden, aufgrund der obigen Fragestellung ein Modell aufzustellen, das darüber Auskunft gibt, auf welche gesetzestechnische Art und Weise sich bestimmte Anforderungen, die man an ein ausländisches Verfahren stellt, konkretisieren und normieren lassen. Anschliessend ist dann der Frage nachzugehen, wieweit die Vorbehaltsklausel selbst eine Einschränkung zu erfahren hat durch die zunehmende internationale Verflechtung.

Im weiteren soll aufgrund des bereits geltenden Rechts, insbesondere anhand der internationalen Uebereinkommen sowie anhand der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis untersucht werden, wie weit sich diese Forderungen schon heute auf die Praxis übertragen lassen, vornehmlich in bezug auf die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen.

B) DIE GRÜNDE FÜR DIE ANWENDUNG DER ORDRE PUBLIC-KLAUSEL

I. Im allgemeinen

Neben seinem klassischen Wirkungsbereich – der Nichtanwendung bzw. Nichtanerkennung einer unser Rechtsempfinden aufs tiefste verletzenden ausländischen Norm – wird der ordre public-Vorbehalt oft dazu benutzt, eine noch nicht ausformulierte Kollisionsnorm einzuführen, handle es sich nun dabei um eine völlig neue Norm oder um die Korrektur bzw. Verfeinerung einer bisherigen Regelung (1).

Diese atypische Funktion des ordre public gilt es zu erkennen und die betreffenden Normen zu formulieren, um einerseits das IPR bzw.

1) Kahn 251/52; Wiethölter 140

IZPR weiter zu entwickeln und andererseits die Vorbehaltsklausel wieder ihrem typischen Anwendungsbereich zuzuführen (1).

II. Im Internationalen Verfahrensrecht

Gerade nun im Internationalen Verfahrensrecht, das nur sehr wenige Kollisionsnormen kennt, ist die soeben beschriebene, atypische Funktion des *ordre public* sehr weit verbreitet. So stellt beim Fehlen eines Staatsvertrages über die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Urteilen die *ordre public*-Klausel oft die einzige Schranke der Anerkennung dar (2), und dementsprechend muss ihr Anwendungsbereich über Gebühren ausgedehnt werden.

Ein Beispiel dafür finden wir bereits im Entscheid 46 I 464 des Bundesgerichts, wo die Vollstreckung eines ausländischen Urteils, das im Widerspruch zu einem früheren inländischen Entscheid stand, verweigert wurde unter Berufung auf den *ordre public* (3). Heute aber kennen die neueren Staatsverträge über die Anerkennung und Vollstreckung eine ausdrücklich formulierte Norm, welche diesen Konflikt zweier, sich widersprechender Urteile löst (4).

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien (5) nicht etwa eine Kollisionsnorm aufstellt, sondern eine Sachnorm statuiert, welche das Problem in der Sache selbst löst und nicht auf das anwendbare Recht verweist.

Im folgenden gilt es deshalb nicht nur nach Kollisionsnormen zu suchen, die durch den *ordre public*-Vorbehalt verdeckt werden, sondern auch nach Sachnormen, denn beide Normengattungen lassen sich von der allgemeinen Vorbehaltsklausel ausgliedern (6).

1) Kahn 251/52

2) vgl. z.B. § 302 ZH ZPO

3) vorn § 2 A

4) VA AU-CH Art. 1 Ziff. 2, aber auch schon VA I-CH Art. 1 Ziff. 2

5) VA I-CH Art. 1 Ziff. 2

6) auch im "Internationalen Wirtschaftsrecht" stehen diese beiden Möglichkeiten offen, Wiethölter 159

Aber auch folgender Gedankengang führt zu dem soeben gewonnenen Ergebnis und bestätigt dasselbe: Der Vorbehalt des *ordre public* greift nach konstanter Praxis nur dann ein, wenn "grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung" missachtet worden sind und der betreffende Verstoß das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt hat (1). Damit steht das Bundesgericht sehr nahe dem Standpunkt einer positiven Funktion des *ordre public*, wiewohl es in einer neueren Entscheidung betont, die Funktion des *ordre public* sei stets eine negative (2). Mit Neuhaus (3) ist jedoch festzuhalten, dass die sogenannte negative Funktion des *ordre public* nichts anderes ist als eine Abart der positiven Funktion; während nämlich die positive Funktion darauf abzielt, einzelnen Rechtssätzen absolute Geltung zu verschaffen, wahrt die negative Funktion die Beachtung inländischer Rechtsgrundsätze. Tatsächlich lassen sich aber die Begriffe - Rechtssatz und Rechtsgrundsatz - nicht recht auseinanderhalten; vielmehr besteht häufig die Möglichkeit, einen Rechtsgrundsatz in einem konkreten Rechtssatz zu formulieren, wie das im soeben beschriebenen Beispiel zweier, sich widersprechender Urteile geschehen ist.

Die so festgestellten Rechtssätze - seien es Sachnormen oder Kollisionsnormen - lassen sich jeweils aus dem Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel ausgliedern (4), womit man wiederum zum selben Ergebnis gelangt wie oben.

1) vgl. z.B. BGE 102 Ia 532, sowie vorn § 2 B III

2) BGE 102 Ia 582, vgl. aber die Kritik von Lalive zit. in Anm. 3

3) Neuhaus 368; im gleichen Sinn Lalive ZSR 97 (1978) I 546

4) Neuhaus 367

C) DIE GESETZESTECHNISCHEN LOESUNGSMOEGlichkeiten ZUR VERMEIDUNG DES ORDRE PUBLIC-VORBEHALTS

I. Die Bildung international vereinheitlichter Sachnormen

1. DIE BILDUNG INTERNATIONAL VEREINHEITLICHTER SACHNORMEN DURCH INTERNATIONALE UEBEREINKOMMEN

Zwar liesse sich der ordre public-Vorbehalt auch durch nationale Sachnormen einschränken, doch vor einem nationalistischen Alleingang ist schon verschiedentlich gewarnt worden (1). Es gilt, besonders im Zusammenhang mit der internationalen Schiedsgerichtbarkeit, nach gemeinsamen Lösungen zu suchen oder doch zumindest eine nationale Regelung herauszuarbeiten, die sich internationalisieren lässt (2).

Sicherlich kann, genauso wenig wie im IPR (3), im Internationalen Verfahrensrecht ein einheitliches Weltrecht geschaffen werden, welches sämtliche verfahrensrechtlichen Sachgebiete umfasst. Aber dennoch gibt es schon heute gewisse Vereinheitlichungen - vor allem auf dem Gebiete der gegenseitigen Rechtshilfe (4), aber auch in der internationalen Schiedsgerichtbarkeit (5) -, die beweisen, dass der Gedanke doch nicht reine Utopie verkörpert.

Gleichfalls existieren bereits bzgl. der Anerkennung und Vollstreckung zahlreiche bilaterale und multilaterale Uebereinkommen (6), welche - wie schon erwähnt worden ist (7) - z.T. Sachnormen enthalten. Befindet sich nun eine derartige Norm nicht bloss in einem bilateralen, sondern in einem multilateralen Abkommen, das

1) vgl. vorn § 2 B III 1 b; § 3 A I

2) vgl. Wiethölter 162

3) Meili/Mamelok; Rietzler 18

4) Haager Uebereinkunft über Zivilprozessrecht vom 1.3.1954

5) vgl. z.B. das europäische Uebereinkommen über die Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961

6) vgl. die Zusammenstellung in Sträuli/Messmer § 302 N 3 und 4, sowie im Anhang nach § 258 N 7 - 12

7) vorn B II, vgl. auch hinten 2. Teil: § 6 B I 2 sowie hinten 2. Teil: § 7 A

von den Mitgliedstaaten als "selfexecuting" angesehen wird oder ins nationale Recht transferiert worden ist (1), so kann man von einer "Internationalen Sachnorm", von einem Teil international vereinheitlichten Rechts, sprechen (2).

2. DIE RESULTIERENDE EINSCHRAENKUNG DES ORDRE PUBLIC-VORBEHALTS

Die Forderung nach vermehrten Anstrengungen zur Schaffung einheitlicher, internationaler Sachnormen steht hier deshalb an erster Stelle, weil in ihrem Anwendungsbereich grundsätzlich kein Raum mehr bleibt für die Anwendung der ordre public-Klausel (3); was sich für das schweizerische Recht schon allein daraus ergibt, dass der ordre public-Vorbehalt nicht dazu benutzt werden kann, das inländische Recht nicht anzuwenden, wozu eben auch die Staatsverträge gezählt werden müssen (4).

Dies gilt aber nicht nur für die Schweiz, sondern allgemein stellt sich das Problem der Anwendung der ordre public-Klausel nur im Zusammenhang mit der Kollision verschiedener Rechte, denn nur dann stellt sich die Frage nach der ausnahmsweisen Nichtanwendung einer anderen, fremden Rechtsnorm, nicht aber wenn – eine international vereinheitlichte – Sachnorm der eigenen Rechtsordnung zur Anwendung gelangt.

1) z.B. die EMRK oder das NYU

2) Niederer 84/85

3) Schlosser I Nr. 735

4) BGE 101 Ia 526

3. WEITERE MOEGLICHKEITEN ZUR BILDUNG INTERNATIONAL VEREINHEITLICHER SACHNORMEN

Nun stellt aber die Einführung von international vereinheitlichtem Recht durch multilaterale Staatsverträge nicht die einzige Möglichkeit dar, um zu diesem Ergebnis zu kommen. Denkbar ist auch die Setzung einheitlichen Rechts durch inter- oder supranationale Organisationen, wie etwa die Europäische Gemeinschaft (1). Diese Möglichkeit steht aber in bezug auf die Schweiz eher im Hintergrund, denn unser Neutralitätsgrundsatz wird uns in nächster Zeit davon abhalten, einer solchen Gemeinschaft, die trotz der Verschiedenheit der Mitgliedstaaten als politischer Block anzusehen ist, beizutreten. Natürlich besteht für die Schweiz die Möglichkeit, mit der europäischen Gemeinschaft Vereinbarungen betreffend die Rechtsvereinheitlichung abzuschliessen. Diese stellen aber gegebenenfalls multilaterale Uebereinkommen dar und sind nicht als Rechtssetzungsakte einer überstaatlichen Organisation anzusehen.

Wesentlich wichtiger ist im Bereich der internationalen Schiedsgerichtbarkeit die Kodifizierung einheitlichen Rechts durch ausserstaatliche Organe, sowohl auf dem Gebiete des Verfahrensrechts als auch auf dem Gebiete des materiellen Rechts (2). Im Unterschied zu staatsvertraglich vereinheitlichten Normen gelten diese Regeln aber nur kraft Parteivereinbarung und stellen nicht gesetztes Recht dar (3). Sie unterliegen deshalb der ordre public-Kontrolle oder, umgekehrt gesagt, bildet der ordre public die oberste Schranke der Parteiautonomie (4). Folglich können diese Normen die Vorbehaltsklausel nicht einschränken, und sie lassen sich deshalb auch nicht von ihr ausgliedern. Welche Bedeutung ihnen aber im Zuge einer "Internationalisierung" des Inhalts der ordre public-Klausel zukommt, soll weiter hinten untersucht werden (5).

1) Neuhaus 14

2) z.B. ICC-Statuten, Neuhaus 15

3) Walker 34 ff.

4) Schlosser I Nr. 735; Walker 46 ff.

5) vgl. vorn zum Vorgehen A II, sowie hinten D III 3

Die Bildung einheitlichen Rechts durch internationalen Gerichtsgebrauch und Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze nennt Neuhaus (1) an letzter Stelle, denn – wie er bemerkt – wird dadurch kaum etwas Neues geschaffen, der Wert derartiger Erkenntnisse liegt jedoch im Loslösen von den einzelnen nationalen Rechtsordnungen. Dies bildet m.E. eine nützliche Vorstufe und führt zu einer Internationalisierung des ordre public-Vorbehalts (2); doch damit diese Rechtsgrundsätze über die Grenzen hinaus anerkannt, weiterverbreitet und angewandt werden, ist eine Festlegung in Internationalen Übereinkommen erforderlich, denn nur so erhält man unmittelbar anwendbare Normen, die sich vom ordre public ausgliedern lassen.

4. DIE GRENZEN DER VEREINHEITLICHUNG VON SACHNORMEN

Aber diesem Traum einer einheitlichen Rechtsordnung gilt es sehr kritisch gegenüberzustehen, denn die Verschiedenheit der historischen Entwicklung sowie der natürlichen und kulturellen Verhältnisse aller Herren Länder soll und kann nicht einfach über Bord geworfen werden. Denn – wie Neuhaus (3) zeigt – ist es im Interesse der Demokratie, dass nicht eine zu radikale Rechtsvereinheitlichung eine zu starke Zentralisierung der staatlichen Gewalt nach sich zieht und damit eine Konzentration der staatlichen Verantwortung in den Händen einiger wenigen Individuen zur Folge hat. Es bliebe dann aber auch kein Spielraum mehr für eine experimentelle Weiterentwicklung von einzelnen Rechtsordnungen, das einheitliche Rechtssystem würde zu erstarren drohen (4).

Das Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen kann und soll also nur in einem engen Rahmen durch international vereinheitlichte Sachnormen ausgeschaltet werden, darüber hinaus muss jedoch nach einer Lösung gesucht werden, welche alsdann die Kollisionen der verschiedenen Rechtsordnungen löst (5).

1) Neuhaus 15

3) 18/19

2) hinten D III 3

4) Neuhaus 20

5) Neuhaus 20; Meili IPR 34; Schnitzer I 60

II. Die Bildung einheitlicher Kollisionsnormen

1. DIE FORDERUNG NACH EINHEITLICHEN KOLLISIONSNORMEN IM IPR

Schon die geistigen Väter des IPR - Savigny und Mancini - forderten einen internationalen Entscheidungseinklang. So beschrieb Savigny (1) das Ideal des IPR mit den Worten, dass

"die Rechtsverhältnisse, in den Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde".

Mancini (2) wies die italienische Regierung bereits 1861 darauf hin, dass sich die "absurden und beklagenswerten" Folgen der Gesetzeskollisionen leicht dadurch vermeiden liessen, dass sich die verschiedenen Staaten über die Normen des Kollisionsrechts verständigen und einigen würden.

Heute bezeichnet Neuhaus (3) das Streben nach dem Entscheidungseinklang, nach der Entscheidungsharmonie, als das "formale Ideal des IPR"; für die Begründung stützt er sich dabei im wesentlichen auf den oben wiedergegebenen Gedanken von Savigny, dass es für das Ergebnis eines Rechtsstreites nicht darauf ankommen darf, an welchem Ort das gerichtliche Verfahren stattgefunden hat (4). Ebenso setzen sich Meili/Mamelok (5) für eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechtes ein und führen dieselben Argumente an.

1) 27

2) zit. nach Kahn II 12

3) Neuhaus 49

4) Neuhaus 50

5) Meili/Mamelok IPR 34

2. DIE BEDEUTUNG DIESER FORDERUNG IM IZPR

Dieser Grundgedanke des IPR lässt sich zweifelsohne auch auf das IZPR übertragen (1), auch hier gilt es die Kollisionen der verschiedenen Rechtsordnungen einheitlich zu lösen, damit nicht schon zu Beginn des Prozesses eine Ungleichheit geschaffen wird, die sich durch ein noch so harmonisches IPR nicht mehr beseitigen lässt.

Aber auch im Endstadium der Rechtsverwirklichung – bei der Anerkennung und Vollstreckung – muss derselbe Grundsatz gelten; nichts wäre stossender, als dass z.B. ein Urteil eines internationalen Schiedsgerichtes, welches die beiden Parteien zur gegenseitigen Vertragserfüllung verpflichtet, nur in einem Staate anerkannt und vollstreckt würde, nicht aber im andern, weil in dem jeweiligen Exequaturverfahren eine verfahrensrechtliche Frage, wie etwa die Schiedsfähigkeit, verschieden angeknüpft und beurteilt worden ist.

3. DIE VERWIRKLICHUNG DIESER FORDERUNG

Die Verwirklichung der Entscheidungsharmonie ist nunmehr auf dieselbe Art und Weise möglich wie die Verwirklichung international vereinheitlichter Sachnormen, wobei wiederum der Weg über die Verbriefung in internationalen Uebereinkünften aus den aufgezeigten Gründen an die erste Stelle zu setzen ist (2).

Es sind jedoch auch bei der Aufstellung nationaler Kollisionsnormen dieselben Grundsätze zu beachten, um eine allenfalls international verwendbare Lösung zu erreichen (3). Es gilt sowohl auf internationaler wie auch auf nationaler Ebene einen Entscheidungseinklang möglichst aller Staaten zu erreichen; aber es ist vor einem rein statistischen Vorgehen zu warnen, denn die absolut häufigste Regelung muss nicht immer die beste und gerechteste Lösung sein. Vielmehr ist in gewissen Situationen eine differenziertere, vom heu-

1) Meili/Mamelok zit. Anm. 5 S. 44 beziehen sich auch auf das IZPR

2) Neuhaus 57, vgl. vorn I 1 und 2

3) Neuhaus 53/54; Wiethölter 162

tigen Zustand abweichende Anknüpfungsregel notwendig, und diese gilt es im Sinne eines künftigen Einklangs zu formulieren (1).

4. DIE GRENZEN DER VEREINHEITLICHUNG VON KOLLISIONSNORMEN

Aber auch der Vereinheitlichung des Kollisionsrechtes sind Grenzen gesetzt: Zum einen stimmen die Strukturen der einzelnen Rechtsgemeinschaften und folglich ihr natürlicher Anwendungsbereich nicht überein; so sind z.B. die Grenzen des Anwendungsbereiches des religiösen islamischen Rechts völlig verschieden von denjenigen des stark territorial verbundenen Common Law (2). Zum andern sind aber auch die einzelnen Rechtsinstitute dieser unterschiedlichen Rechtsordnungen sehr verschieden ausgestaltet, und es wird immer Schwierigkeiten bereiten, ihren Anwendungsbereich einheitlich zu bestimmen (3).

Schliesslich führen auch grundsätzliche, unterschiedliche Wertentscheidungen der verschiedenen Staaten zu verschiedenen Kollisionsnormen; so werden wohl regelmässig die Grenzen der Parteiautonomie in autoritären staatlichen Systemen enger gezogen als in liberalen Systemen (4). Zudem besteht wohl bei Ländern mit autoritären, diktatorischen Zügen eher die Tendenz, die nationalen Interessen über diejenigen des Auslands zu stellen (5).

1) Neuhaus 54/55

2) Neuhaus 61

3) Neuhaus 62; Burckhardt 293 zit. nach Neuhaus 62 Anm. 181

4) Neuhaus 44 f.

5) In dieser Richtung wohl auch Neuhaus 43/44

5. DIE GEGENUEBERSTELLUNG DER VEREINHEITLICHUNG VON SACHNORMEN UND KOLLISIONSNORMEN

Abgesehen von einigen stark technisch geprägten Sachgebieten, wie etwa dem Seerecht, wo sich eine internationale Regelung in der Sache selbst leichter bewerkstelligen liess als die Lösung erhärteter kollisionsrechtlicher Gegensätze, scheint doch eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts eher möglich und gangbar als die Bildung einheitlicher Sachnormen (1).

Folgender Gedankengang erklärt dieses Ergebnis: Durch international vereinheitlichte Kollisionsregeln wird der allgemeine ordre public-Vorbehalt zwar eingeschränkt, jedoch nicht in der absoluten Art und Weise wie bei einheitlichen Sachnormen (2). Grundsätzlich sind die betreffenden Kollisionsnormen der Internationalen Uebereinkommen und das daraus resultierende Recht anzuwenden, in besonderen Ausnahmefällen ist aber die Berufung auf die Vorbehaltsklausel möglich (3); allerdings ist dies nur dann zulässig, wenn nicht gerade das Ergebnis, das man nicht akzeptieren will, durch den zur Anwendung gelangenden Staatsvertrag gewollt war (4). Damit bleibt trotz der Vereinheitlichung des Kollisionsrechts den einzelnen Staaten die Möglichkeit offen, notfalls ihre eigene Wertvorstellung durchzusetzen; womit sie selbstverständlich viel eher bereit sind, eine Konvention betreffend einheitlicher Kollisionsnormen zu unterzeichnen als eine solche betreffend einheitlicher Sachnormen.

Aus den gesamten Darlegungen in den Ziffern I und II geht hervor, dass sich der ordre public-Vorbehalt wohl nur zu einem bescheidenen Teil einschränken lässt, indem man versteckte Sach- bzw. Kollisionsnormen ausgliedert; sein Anwendungsgebiet erscheint also immer noch beängstigend gross. Deshalb drängt sich im folgenden eine Untersuchung auf, inwieweit der Inhalt der Vorbehaltsklausel selbst durch die internationalen Verflechtungen und der daraus

1) Neuhaus 62 Anm. 182; Meili 34; Wiethölter 159/160

2) vgl. vorn I 2

3) Niederer 298/299

4) vorn § 2 B V 2 a)

resultierenden Angleichung im zwischenstaatlichen Rechtsverkehr eine Beschränkung zu erfahren hat.

D) DIE BESCHRAENKUNG DES ORDRE PUBLIC-VORBEHALTS AN SICH

I. Die Beschränkung durch einen positiven Katalog des Anwendungsbereiches

Meili (1) setzte sich mit Nachdruck für eine Einschränkung des Inhalts der Vorbehaltsklausel durch Staatsverträge ein. Die allgemeinen Formeln des ordre public wirkten für ihn "in der Doktrin des internationalen Privatrechts geradezu verheerend" (2). Er betrachtete es als eine der wichtigsten Aufgaben der Staatsverträge über Internationales Privatrecht,

"den Begriff des ordre public fest zu umschreiben, d.h. diejenigen Fälle genau und erschöpfend aufzustellen, in denen trotz prinzipieller Geltung einer gewissen Kollisionsnorm die durch dieselbe bezeichnete Sachnorm nicht unbedingt gilt, sondern das **interne** Recht des betreffenden Staates angewandt werden kann" (3).

Tatsächlich enthält denn auch die Haager Konvention über die Eheschliessung (4) in den Artikeln 2 und 3 einen solchen Katalog, welcher den Inhalt der ordre public-Klausel positiv umschreibt und damit den Anwendungsbereich derselben einschränkt.

Neuhaus (5) erhebt aber gewichtige Argumente gegen einen solchen Katalog: Zum einen kann dies zu "unangenehmen Ueberraschungen" führen bei sogenannten offenen Abkommen, da bei diesen Abkommen die in Zukunft beitretenden Staaten nicht bekannt sind und u.U.

1) Meili/Mamelok 20/21

2) Meili in Zeitschrift Böhm - Niemeyer I S. 167 ff. zit. nach Meili/Mamelok 20/21

3) Meili/Mamelok 20/21, kursiv im Original

4) abgedruckt in Meili/Mamelok 373/74

5) 387

Regelungen in ihren Gesetzen enthalten, die das einheimische Rechtsgefühl aufs Schwerste verletzen, die Berufung auf den ordre public-Vorbehalt kann aber aufgrund des betreffenden Staatsvertrages ausgeschlossen sein. Zum anderen besteht dieselbe Gefahr auch bei sogenannten geschlossenen Abkommen, wo also die Mitgliedstaaten bekannt sind, wenn ein Staat seine Gesetze radikal ändert, wie das z.B. durch den Erlass der nationalsozialistischen Blutschutzgesetze von 1935 geschehen ist. Diesen "heiklen Konflikt zwischen Vertragstreue und Menschlichkeit" (1) gilt es zu vermeiden, weshalb sich Neuhaus - ihm ist m.E. vollumfänglich beizupflichten - gegen einen positiven, aber für einen negativen Katalog zur Beschränkung des ordre public-Vorbehalts ausspricht (2).

II. Die Beschränkung durch einen negativen Katalog des Anwendungsbereiches

Neuhaus (3) postuliert ebenfalls die Beschränkung des ordre public-Vorbehalts durch Staatsverträge; er schlägt aber aus den soeben dargestellten Gründen im Vergleich zu Ziff. I die genau entgegengesetzte Möglichkeit vor, nämlich

"... die Ausschaltung der Vorbehaltsklausel für bestimmte, genau erwogene Gegenstände (Negativkatalog)...".

In der Praxis hat man jedoch bis heute noch keine solche Kataloge aufgestellt, wiewohl sie einerseits den Vorteil hätten, dem Missbrauch des ordre public-Vorbehalts vorzubeugen, andererseits aber nicht die Gefahr in sich bergen würden, dass man eine bisher unbekannte Regelung, die in stossender Weise das eigene Rechtsempfinden verletzt, anerkennen müsste (4).

Bislang hat man sich in den Internationalen Uebereinkünften regelmässig darauf beschränkt zu betonen, dass von den Bestimmungen

1) Neuhaus 387 Anm. 1065

2) 387

3) 386/87

4) vgl. vorn Ziff. I

des jeweiligen Uebereinkommens nur dann abgewichen werden darf, wenn ihre Anwendung offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung des betreffenden Vertragsstaates unvereinbar ist (1). Diese Formulierung bewirkt wohl eine verstärkte Zurückhaltung bei der Anwendung der Vorbehaltsklausel im Bereich der Staatsverträge (2), eine wirkliche Konkretisierung und Einschränkung bringt sie aber nicht.

In Lehre (3) und Rechtsprechung (4) besteht nun aber Einigkeit darüber, dass die Vorbehaltsklausel nicht dazu benützt werden darf, ein Ergebnis, welches der Staatsvertrag gerade erreichen wollte, wieder rückgängig zu machen. Insofern ergibt die Auslegung eines jeden Staatsvertrags regelmässig eine Einschränkung der Vorbehaltsklausel im Sinne eines Negativkatalogs, welcher leider nicht ausdrücklich, sondern nur stillschweigend die Anwendung der Vorbehaltsklausel für bestimmte Gegenstände ausschliesst (5).

III. Die Beschränkung durch eine "Internationalisierung"

1. IM VOELKERRECHTLICHEN SINNE

a) Die Theorie von Kahn

Für Kahn (6) - der sich an anderer Stelle (7) mit Nachdruck für eine Konkretisierung des ordre public-Vorbehaltes durch Schaffung von Kollisionsnormen eingesetzt hatte - war der ordre public etwas "WIRKLICH INTERNATIONALES" (8), für ihn handelte es sich dabei

"um das den Kulturstaaten Gemeinschaftliche, um jene

1) z.B. Haager Minderjährigenschutz-Abkommen Art. 16, SR 0.211.231.01

2) vgl. auch vorn § 2 B V 2 a)

3) Niedermann 298/99; Neuhaus 386; Marti 74/75; Kallmann 232-34; Schnitzer I 237

4) vgl. vorn § 2 B V 2 a)

5) Neuhaus 386/87

6) Kahn I 289/90

7) vgl. vorn A I und B I

8) Sperrung im Original

Grundlagen der staatlichen Ordnung, welche nach der gleichmässigen Rechtsentwicklung der Völker so fest sich niedergeschlagen haben, dass sie als Voraussetzungen der Verkehrsmöglichkeit anerkannt sind...".

Dieser Ansicht stehen Niederer (1), Neuhaus (2) und Wiethölter (3) skeptisch gegenüber. Sie warnen vor einer "comitas ohne Konturen" (4). So steht Neuhaus (5) auf dem Standpunkt, dass sich ein völkerrechtlicher ordre public, der die Staaten verpflichten würde, bei der Anwendung ihres IPR völkerrechtlich anerkannte Grundrechte, insbesondere Menschenrechte, zu schützen, sich nicht als Bestandteil des geltenden Völkerrechts nachweisen lasse. Immerhin bemerkt er in demselben Abschnitt seines Lehrbuches (6), dass im internationalen Verfahrensrecht die Berührungen zwischen Völkerrecht und nationalem Recht zahlreicher sind, wodurch seine soeben dargelegte Aussage relativiert wird, d.h. auch er schliesst wohl die Möglichkeit eines völkerrechtlichen ordre public im Internationalen Verfahrensrecht nicht absolut aus, sondern seine Aussage bezieht sich wohl vornehmlich auf das eigentliche IPR. Darüber hinaus bejaht er an anderer Stelle seines Werkes die Existenz von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die er jedoch vom Völkerrecht getrennt haben will (7).

b) Die Theorie von Baur und die EMRK

In neuester Zeit nun tendiert der Aufsatz von Baur (8) wieder in die Richtung, welche Kahn eingeschlagen hat, d.h. auch er fordert,

"die 'tragenden' inländischen Verfahrensgrundsätze - auch soweit sie verfassungsrechtlich verbrieft sind - in einen Vergleich zu setzen mit den Grundsätzen, die in den Verfahrensordnungen der Kulturstaaten sich gleichermassen als wesentlich und unabdingbar erwiesen haben".

Dabei sollen nach seiner Ansicht Ansatzpunkte dafür in den inter-

1) 289/90

2) 74 und 372

3) 172 und 177

4) Wiethölter 172

5) 74

6) 73

7) vgl. hinten Ziff. 3 a

8) in Festschrift Guldener 18/19

nationalen Erklärungen und Uebereinkommen zu finden sein, wobei es in seinen Augen keine Rolle spielt, ob diese Deklarationen und Abkommen völkerrechtlich und innerstaatlich geltendes Recht geworden sind (1). Besonders hebt er in diesem Zusammenhang die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 der Vereinigten Nationen sowie die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) hervor (2).

Während der UN-Erklärung nur eine deklaratorische Bedeutung zukommt, stellt die EMRK einen Teil der schweizerischen Rechtsordnung dar, und da die darin verbrieften Rechte "ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt" haben, stellt sie das Bundesgericht in verfahrensmässiger Hinsicht den verfassungsmässigen Rechten von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG gleich (3), d.h. es fordert die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges.

Desweiteren pflichtet das oberste Gericht der Ansicht Baur bei, die EMRK sei zur Bestimmung des schweizerischen ordre public beizuziehen (4), und bestätigt damit im wesentlichen seine dritte These (5), wonach beim Divergieren von ausländischem und inländischem Verfahrensrecht die Berufung auf den ordre public dann zulässig ist, wenn die inländische Norm verfassungsrechtlich sanktioniert worden ist und ihre Anerkennung in internationalen Deklarationen und Konventionen sich gefunden hat (6).

1) Baur in Festschrift Guldener 19

2) Baur in Festschrift Guldener 19

3) BGE 101 Ia 69/70

4) BGE 103 Ia 205

5) Baur in Festschrift Guldener 19/20

6) zu den weiteren Thesen von Baur hinten Ziff. IV

2. IN DER INTERNATIONALEN GERICHTSBARKEIT

a) Im Völkerrecht

Regelmässig beziehen sich die nationalen Gerichte auf den ordre public der lex fori, d.h. auf die öffentliche Ordnung des betreffenden Landes, wenn sie die Vorbehaltsklausel zur Anwendung bringen wollen. Den internationalen Gerichten ist dies nun aber gar nicht möglich, denn im völkerrechtlichen Bereich stehen sie über den Staaten; sie sind also wahrhaftig supra- bzw. international und müssen zwangsläufig einen internationalen ordre public-Vorbehalt zur Anwendung bringen, wobei der oben beschriebene völkerrechtliche Ansatzpunkt zum Tragen kommt (1).

Allerdings ist dieser Lösung mit Vorsicht zu begegnen, denn sie bedeutet, dass man einem Mitglied der internationalen Gemeinschaft vorwirft, es verletze eine grundsätzliche Verhaltensregel dieser Gemeinschaft (2).

b) Im internationalen Schiedsrecht

Nicht anders stellt sich das Problem bei internationalen Schiedsgerichten, wenn man die Grenzen der Parteiautonomie bestimmen will. Welcher ordre public soll hier herangezogen werden, derjenige des massgebenden Schiedsrechtes - d.h. das aufgrund einer Parteivereinbarung anwendbare Recht oder, beim Fehlen einer diesbezüglichen Bestimmung, das Sitzrecht - oder derjenige des Vollstreckungsstaates oder gar derjenige der Wohnsitz- bzw. Heimatrechte der beteiligten Parteien?

Carabiber (3) hält schlicht und einfach fest, es gebe keine lex fori bei solchen Schiedsgerichten und folglich könnten die nationalen Rechte der Parteien - und wohl auch a fortiori die Parteivereinbarungen - nur an einem "internationalen ordre public" gemessen werden.

1) Niederer 301;
Batiffol I no 362

2) Batiffol I no 362
3) 273

Gentinetta (1) verwirft zu Recht die Möglichkeit, den *ordre public* des Vollstreckungsstaates herbeizuziehen, da derselbe u.U. noch gar nicht bekannt ist und zum anderen der Schiedsrichter regelmässig dazu gezwungen wäre, den *ordre public* einer fremden Rechtsordnung anzuwenden. Ebenso spricht er sich gegen die Heranziehung des *ordre public* des jeweiligen massgebenden Schiedsrechtes aus, da diese Lösung die Gefahr in sich birgt, dass gewisse Staaten an einem alten Zopf, wie z.B. an der Bestimmung, dass nur eigene Staatsangehörige Schiedsrichter sein können, festhalten. Zudem soll nach seiner Ansicht das internationale Schiedsverfahren, soweit als möglich, von der "nationalen Umklammerung" befreit werden (2). So gelangt auch er zu der These eines "internationalen *ordre public*", der aus zwingenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehen soll (3).

Wenn auch die obigen Ausführungen von sehr allgemeiner Natur sind, zeigen sie m.E. doch die Notwendigkeit einer Internationalisierung - oder anders gesagt einer internationalen Angleichung - des *ordre public*-Vorbehalts auf, denn der Gegensatz, dass der Schiedsrichter wohl doch - entgegen der Folgerung von Gentinetta - den *ordre public* des jeweiligen Schiedsrechtes heranziehen wird, während der Vollstreckungsrichter immer das Ergebnis anhand seiner eigenen Vorbehaltsklausel prüfen wird, lässt sich nur auf diese Art und Weise beseitigen oder wenigstens abschwächen.

1) 266

2) Gentinetta 266

3) Gentinetta 266 und 300

3. IM RECHTSVERGLEICHENDEN SINNE

a) Im Internationalen Privatrecht im allgemeinen

Bereits Kahn (1) erkannte die Wichtigkeit der Rechtsvergleichung für das IPR, für ihn war sie "das FUNDAMENT DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS" (2). Und er stellte auch schon eine Beziehung zwischen der Rechtsvergleichung und dem *ordre public* her:

"Je enger der Gesichtskreis - ... -, desto mehr wird man genötigt sein, überall auf das Universalmittel des *ordre public* zurückzugreifen..." (3).

Aber auch in der neuesten Zeit wird die Notwendigkeit der Rechtsvergleichung im internationalen Bereich immer wieder betont. So weist Ebert (4) mit Nachdruck auf die zunehmenden internationalen Verflechtungen, insbesondere im wirtschaftlichen Bereich sowohl zwischen West und Ost als auch zwischen Nord und Süd hin, und er sieht in der Rechtsvergleichung die Wegbereiterin für eine internationale Rechtsvereinheitlichung und erhofft sich davon eine Reduktion der Konfliktsituationen.

Denselben Gedankengang findet man auch bei Neuhaus (5), der dann noch einen Schritt weitergeht und aus der Rechtsvergleichung allgemeingültige Rechtssätze herauskristallisieren will; selbst aber zugesteht, dass es für dieselben keine genaue rechtstheoretische Einordnung gibt (6). Er scheint diese Rechtsgrundsätze jedoch von dem vorn beschriebenen völkerrechtlichen Ansatz abheben zu wollen, wenn er die "traditionelle Bezeichnung 'principes généraux reconnus par les nations civilisées'" als "Wort für Wort überholt" bezeichnet, und so betrachtet er diese Normen als eine Art von international vereinheitlichtem Privatrecht (7).

1) Bd. I 316

2) Sperrung im Original

3) Kahn I 316, Kursivdruck im Original

4) 36/37

5) 79 und 85/86 sowie 15 - 18

6) Neuhaus 16

7) Neuhaus 17

Wie vorn gezeigt (1), lassen sich diese Normen aber nur dann eindeutig aus dem ordre public ausgliedern, wenn sie ihren ausdrücklichen Niederschlag in internationalen Uebereinkünften als Sachnormen oder Kollisionsnormen gefunden haben; umgekehrt ist es jedoch sicher angebracht, sie zur Bestimmung des Inhalts des ordre public-Vorbehalts beizuziehen. In diesem Sinne ist auch Wiethölter (2) zu verstehen, wenn er eine "rechtsvergleichende 'Oeffnung'" des nationalen ordre public fordert.

Desgleichen zeigen Raape/Sturm (3) ebenfalls die Wichtigkeit und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung auf und weisen zudem darauf hin, dass sich das ordre public-Problem auf dieselbe Art und Weise in jeder Kollisionsrechtsordnung stellt.

Wenn sich nun das Problem allgemein und international, d.h. in jedem Staate stellt, ist es m.E. umso naheliegender, dass man die Lösungen der verschiedenen Rechte miteinander vergleicht, sowohl die materiellrechtlichen wie auch die kollisionsrechtlichen. Während der Vergleich der verschiedenen materiellrechtlichen Lösungen unseren Gesichtskreis erweitern und dazu führen soll, einerseits auch eine uns fremde Lösung zu anerkennen und infolgedessen den ordre public-Vorbehalt nicht zur Anwendung zu bringen (4) und andererseits gemeinsame allgemeine Rechtsgrundsätze im Sinne von Neuhaus aufzuzeigen, dient der Vergleich der kollisionsrechtlichen Lösungen dazu, auch im Bereich des ordre public zu einem internationalen Entscheidungseinklang zu kommen, was letztlich die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen fördert (5).

1) vorn C I und II

2) 150 und 177

3) 22

4) vgl. dazu BGE 101 Ia 528

5) zum Entscheidungseinklang vgl. vorn C II 1

b) Im internationalen Schiedsgerichtswesen im besonderen

Auf die Schwierigkeiten, die sich bei der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ergeben, eine *lex fori* zu bestimmen, ist bereits hingewiesen worden (1); schon allein daraus resultierte die Notwendigkeit einer Internationalisierung des *ordre public*-Vorbehalts (2).

Aber auch die von Fouchard (3) vertretene Meinung, es lasse sich für das Schiedsverfahren ein anationales Recht im Sinne allgemeiner Rechtsgrundsätze nachweisen, führt letzten Endes zu dem selben Ergebnis. Seine Theorie unterscheidet sich nämlich nicht von dem, was Neuhaus (4) für das IPR postuliert hat, und es kann lediglich nochmals wiederholt werden, dass sich diese allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht vom *ordre public*-Vorbehalt ausgliedern lassen, solange sie nicht positivrechtlich verankert sind, sondern sie können nur durch denselben zur Anwendung gebracht werden. Dennoch bewirken auch sie auf dem Gebiete der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine "rechtsvergleichende 'Öffnung'" des *ordre public* (5).

Kein anderes Ergebnis folgt aus der Theorie von Gentinetta (6): er nimmt die Thesen von Neuhaus und Fouchard auf und versucht ebenfalls, ein System allgemeiner Rechtsgrundsätze aufzustellen, wobei er allerdings die Frage bewusst offen lässt, ob diese Rechtsätze von unmittelbarer Geltung sind (7); vielmehr betrachtet er sie an anderer Stelle seines Werks als den Inhalt des "*ordre public international*" (8).

Ebenso postuliert Walker (9) eine so geartete *ordre public*-Klausel,

1) vorn Ziff. 2 b)

2) vorn Ziff. 2 b)

3) no 81 und 82

4) vorn lit. a)

5) Walker 48 - 50; vgl. dazu Wiethölter vorn lit. a)

6) 145 ff.

7) Gentinetta 148

8) Gentinetta 266

9) 47 ff.

die er als "überstaatlich" bezeichnet (1). Doch meint er auch, dass sich allgemeine Rechtsgrundsätze aufgrund der Rechtsvergleichung aufstellen lassen, zumal die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen im Verfahrensrecht weniger gross sein sollen als im materiellen Recht (2).

Hervorzuheben ist nun in diesem Zusammenhang die Methode, die Gentinetta vorschlägt, um diese allgemeinen Rechtsgrundsätze aufzuspüren. Er geht mit Neuhaus (3) und Verdross (4) davon aus, dass ein Rechtsgrundsatz dann allgemeine Bedeutung beanspruchen kann, wenn er

"durch Rechtsvergleichung übereinstimmend bei einer Mehrheit der führenden Rechtsordnungen gefunden wird" (5).

Dabei gilt es aber nicht nur die wichtigsten nationalen Rechtsordnungen zu untersuchen; vielmehr sind die zahlreichen Staatsverträge, insbesondere die multilateralen Uebereinkommen, in die Untersuchung miteinzubeziehen. Aber auch die Schiedsreglemente der verschiedenen privaten Organisationen gilt es zu beachten, wobei wiederum den "internationalen" Statuten, wie etwa der IHK oder auch der AAA, besondere Bedeutung und Aufmerksamkeit beizumessen ist (6).

Bei den nationalen Ordnungen nun hebt Gentinetta als besonders wichtig und "vital" die Normierungen der USA, Grossbritanniens, Deutschlands, Frankreichs sowie der Schweiz hervor (7). Die Rechtsordnungen der genannten Länder dürfen als "Stamm- oder Mutterrechte" der jeweiligen Rechtskreise bezeichnet werden, so z.B. sind die Schiedsgerichte von Indien, Australien, Pakistan und Hongkong dem englischen Beispiel bis zur Kopie (Hongkong) gefolgt (8).

1) Walker 50

2) Walker 49

3) 17 welcher seinerseits auf Gentinetta zurückverweist! (neue Auflage)

4) 149 zit. nach Gentinetta 147

5) Gentinetta 147 (Kursivdruck im Original)

6) Gentinetta 148

7) Gentinetta 149

8) Gentinetta 149

Aehnliches gilt für die Schiedsgerichtsordnung Belgiens und der Niederlande bezüglich ihres "Mutterlandes" Frankreich. Diese Liste der westlichen Nationen ist m.E. noch durch Schweden zu ergänzen, aber auch ein rechtsvergleichender Blick in den Ostblock sollte nicht unterbleiben (1).

Abschliessend ist jedoch mit Schlosser (2) nochmals darauf hinzuweisen, dass diese allgemeinen Rechtsgrundsätze keine selbständige internationale Geltung haben; es gibt nämlich keinen supranationalen Grund dafür, dass sie gelten. Solange sie nicht in bindender Weise in internationalen Uebereinkünften verbrieft sind, können sie nur über den ordre public-Vorbehalt zur Anwendung gebracht werden und solange ist ihr Geltungsbereich ein rein nationaler.

4. IM SINNE EINES EUROPÄISCHEN ORDRE PUBLIC

In der deutschen Lehre wird verschiedentlich der Begriff eines "europäischen ordre public" angeführt. So kann in den Augen von Neuhaus (3) von demselben

"in doppeltem Sinne gesprochen werden, nämlich einmal als von einem Bestandteil gemeinsamer Rechtsgrundsätze, zum anderen in dem Sinne, dass fremde Massnahmen gegen die Angehörigen eines europäischen Nachbarstaates ebenso behandelt werden, als seien sie gegen die eigenen Bürger des urteilenden Staates gerichtet."

Diese Abwehrmöglichkeit eines politischen Blocks wird dann auch von v. Brunn (4) als der einzige künftige Anwendungsbereich des ordre public-Vorbehalts angesehen.

Vor einer solchen Entwicklung warnt aber Wiethölter (5), denn damit gerät man nur allzu schnell in den Wirkungsbereich der "grossen Politik", zumal "Handel, Entwicklungshilfe und Auslandsinvesti-

1) vgl. hinten im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit 3. Teil: § 2 D IV und V

2) Bd. I Nr. 182

3) 372

4) v. Brunn NJW 15 (1962) 988/89

5) 172/73

tionen Beiprogramme der Aussenpolitik geworden sind". Dadurch wird seiner Ansicht nach - und dabei ist ihm vollumfänglich beizupflichten - der ordre public überfordert und zum "Prügelknaben" gemacht. Zudem sollte m.E. im Zeichen der erneuten und verstärkten Ost-West-Spannungen, wenn immer möglich, auf zusätzliche Polarisationsmomente verzichtet werden. Ebenfalls zuzustimmen ist seiner Schlussfolgerung (1), dass ein solcher ordre public nicht auf eine Ueberwindung des nationalen ordre public abzielt, sondern auf dessen Fortsetzung mit erweiterten Mitteln, was nun aber gerade nicht das Ziel einer "Internationalisierung" des ordre public sein soll.

Darüber hinaus verpflichtet der Neutralitätsgrundsatz die Schweiz, sich von einer solchen politischen Blockbildung fernzuhalten und als Drehscheibe für die internationale Politik und den internationalen Handel zwischen Ost und West offen zu bleiben. Selbst wenn sich die Frage der Annäherung oder des Anschlusses an einen europäischen oder atlantischen Block in Zukunft stellen würde, wäre die Entscheidung darüber auf der politischen Ebene zu treffen, und nicht etwa durch die Gerichte oder durch die Rechtswissenschaft (2).

Ein europäischer ordre public ist somit infolge der soeben angestellten Ueberlegungen aus schweizerischer Sicht vorderhand nicht in Betracht zu ziehen.

1) 177

2) vgl. den ähnlichen Gedankengang des BG betr. die Einhaltung von Staatsverträgen in 84 I 54

5. DIE UNMITTELBAREN FOLGEN DER INTERNATIONALISIERUNG

Die Folge einer Internationalisierung - sei es nun im völkerrechtlichen oder im rechtsvergleichenden Sinne oder als notwendige Schlussfolgerung bei den internationalen Gerichten -, d.h. die Folge der Bildung allgemeiner Rechtsgrundsätze und Prinzipien, die für alle Staaten und Staatsbürger in irgendeiner Weise verbindlich sind, besteht darin, dass die so gefundenen grundlegenden Voraussetzungen an ein gerechtes Verfahren die obere Grenze der Anforderungen an ein ausländisches Verfahren darstellen. Oder anders ausgedrückt, sind die daneben bestehenden Verschiedenheiten der einzelnen Verfahrensordnungen zu anerkennen und die darauf gründenden Urteile zu vollstrecken (1).

Eine weitere Folge besteht darin, dass auf die Voraussetzung einer Binnenbeziehung verzichtet werden kann, denn bei der Verletzung derartiger allgemeiner Rechtsgrundsätze spielt die jeweilige Beziehung des Sachverhaltes zum betreffenden Land - in den hier interessierenden Fällen in der Regel zum Vollstreckungsstaat - keine Rolle mehr, da diese Rechtsgrundsätze von internationaler Bedeutung sind (2).

Man kann sich für den Bereich des internationalen Verfahrensrecht überhaupt fragen, ob die Anwendung der *ordre public*-Klausel von einer Binnenbeziehung abhängen soll; denn ist es nicht so, dass es keinen Unterschied machen soll, ob nun ein ausländisches Urteil, welches durch einen groben Verstoß gegen allgemeingültige Verfahrensgrundsätze zustande gekommen ist, gegenüber einem Inländer oder einem Ausländer, z.B. aufgrund eines Arrestes, zur Vollstreckung gelangen soll?

Einen Ansatzpunkt in diese Richtung bildet sicher die Praxis des Bundesgerichtes bezüglich Art. 4 BV, worin auch das Recht auf einen "fair trial" verbriefte ist, auf den sich sowohl Schweizer wie auch Ausländer gleichermassen berufen können (3).

1) vgl. BGE 101 Ia 528 und vorn § 2 B III 1 b)

2) Lalive 547

3) 93 I 3 E 1a und dort zit. *Judicatur*

IV. Exkurs: Die Würdigung der Thesen von Baur

1. ZUR ERSTEN THESE

Die erste These zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts, welche Baur (1) aufstellt, lautet wie folgt:

"Sind Verfahrensnormen in dem inländischen und dem ausländischen Prozessgesetz übereinstimmend und zwingend geregelt und hat der ausländische Richter gegen eine solche Verfahrensnorm verstossen, so greift die Berufung auf den ordre public ein, wenn die ausländische Entscheidung durch diesen Verfahrensverstoss beeinflusst ist oder beeinflusst sein kann."

Er stellt in dieser These also im wesentlichen auf die Identität der inländischen und ausländischen Regelung ab, zu Recht erkennt er dabei die Gefahr der Ueberbewertung einzelner zufällig identischer Normen des Verfahrens, die von blossem Ordnungscharakter sind. Er will diese dadurch ausschliessen, dass nur solche Verfahrensverstösse beachtlich sein sollen, die die ausländische Entscheidung beeinflusst haben oder beeinflussen haben können (2). Damit wiederholt er aber lediglich ein Erfordernis von ganz allgemeiner Natur - nämlich dasjenige der konkreten Verletzung - in Zusammenhang mit der Anwendung der ordre public-Klausel (3). Zudem übersieht er die Gefahr, dass sich durch diese These der Inhalt der Vorbehaltsklausel verändern kann, je nachdem wie gross oder klein die Gemeinsamkeiten des in- und ausländischen Verfahrensrechts sind. Einen solchen variablen Inhalt, der doch mehr auf Zufälligkeiten als auf gemeinsamen Rechtsgrundsätzen aufbaut, gilt es aber zu vermeiden.

Des weiteren ist auch seiner Folgerung, wenn in- und ausländisches Verfahrensrecht verletzt seien, könne von einer Einlegung eines Rechtsmittels im Urteilsstaate abgesehen werden (4), nicht zuzustimmen; denn dieser Gedankengang verträgt sich nicht mit dem

1) in Festschrift Guldener 15

2) Baur a.a.O. 14/15

3) vgl. vorn § 2 B III 2

4) Baur a.a.O. 14

Grundsatz von Treu und Glauben (1). Und auch ihm haftet wieder etwas Zufälliges an, weil nämlich im Falle einer blossen Verletzung des "zufällig" nicht identischen ausländischen Verfahrensrechtes die betreffende Partei genötigt wäre, das Rechtsmittel im Urteilsstaat einzulegen, während sie jedoch umgekehrt bei Identität der Rechtsordnungen mit ihrem Einwand bis zum Vollstreckungsverfahren zuwarten könnte. Neben dem Beigeschmack der "fortune" öffnet die Sanktion eines derartigen Vorgehens auch der Verschleppung Tür und Tor, insbesondere wenn der Exequaturrichter seinen Entscheid aussetzt und die betreffende Partei auf den ausserordentlichen Rechtsmittelweg im Urteilsstaat verweist (2).

Man kann also nicht einfach auf die Uebereinstimmung des in- und ausländischen Verfahrensrechtes abstellen, ein solches Vorgehen schiesst zwangsläufig an dem Ziel vorbei, die grundlegenden Vorschriften der jeweiligen Rechtsordnungen zu erkennen (3); diese erste These von Baur ist deshalb nicht weiter zu verfolgen.

2. ZUR ZWEITEN THESE

Die zweite These zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehaltes, welche Baur (4) aufstellt, sei hier ebenfalls wiedergegeben:

"Hat der ausländische Richter gegen zwingendes einheimisches Verfahrensrecht verstossen, entspricht diesem Recht aber keine zwingende inländische Verfahrensnorm, so ist die Berufung auf den ordre public ausgeschlossen, es sei denn, dass jener Verstoss gegen zwingende inländische Verfassungsgrundsätze verstösst."

Der Wortlaut dieser These ist zunächst etwas verwirrend, aus den Erläuterungen (5) geht aber hervor, dass Baur hier jene Fälle anvisiert, in denen der Richter im Urteilsstaat sein eigenes Verfah-

1) vgl. dazu vorn § 2 B IV 3

2) vgl. zu dieser Möglichkeit Art. VI NYU, hinten 2. Teil: § 5 B II und III

3) vgl. zum Erfordernis der grundlegenden Vorschrift vorn § 2 B III

4) a.a.O. 16

5) Baur a.a.O. 15/16

rensrecht missachtet hat; das Recht des Exequaturrichters, aber keine entsprechende Norm im Verfahrensrecht enthält, wohl aber damit ein Verfassungsgrundsatz des Vollstreckungsstaates verletzt wird.

Hierbei geht Baur, wie bei der ersten These, wiederum von der Verletzung der ausländischen Norm aus, wiewohl er selbst sagt, dass die Berufung auf den *ordre public* nicht dazu benützt werden kann, Verfahrensrügen erst im Anerkennungsstaate geltend zu machen (1). Darin liegt m.E. ein Widerspruch in seinen eigenen Thesen, der zwangsläufig einen Konflikt mit dem Grundsatz von Treu und Glauben heraufbeschwört (2).

Im weiteren geht er bei dieser These von einem Nebeneinander von inländischen Verfahrensnormen und inländischen Verfassungsnormen aus; eine Vorstellung, die für das schweizerische Recht aber gerade nicht zutrifft, vielmehr sind hier sämtliche wesentliche Verfahrensgrundsätze in der Verfassung verbrieft und aus ihr heraus wohl auch direkt anwendbar (3).

Abstrahiert man nun einmal die beiden kritisierten Punkte - die Verletzung der ausländischen Norm und das Nebeneinander von Verfahrensrecht und Verfassungsrecht -, so reduziert sich der Inhalt dieser These darauf, dass die Berufung auf den *ordre public* nur dann zulässig ist, wenn ein Verstoss gegen zwingende inländische Verfassungsgrundsätze vorliegt. Daraus lassen sich aber keine neuen Erkenntnisse gewinnen, denn diese Wendung ist genauso ausfüllungsbedürftig wie die allgemeine Formel des Bundesgerichtes, welche von der "Missachtung grundlegender Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung" spricht und was die verfahrensrechtlichen Verstösse anbelangt, darauf hinweist, dass auch die sich aus Art. 4 BV ergebenden Anforderungen an das einheimische Verfahren nicht in allgemeiner Weise als Bestandteil des schweizerischen *ordre public*

1) Baur a.a.O. 15

2) vgl. vorn Ziff. 1

3) Saladin in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweiz. Bundesgerichtes 43 ff. und insbes. 71

zu betrachten seien (1); infolgedessen ist auch diese These nicht weiter zu verfolgen.

3. ZUR DRITTEN THESE

Die dritte These zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts, welche Baur (2) aufstellt, hat folgenden Wortlaut:

"Divergieren die für das ausländische und inländische Gericht verbindlichen Verfahrensgesetze und bedeutet das Verfahren des ausländischen Gerichts einen Verstoss gegen die inländische Norm, so greift die Berufung auf den ordre public Platz, wenn es sich um eine inländische Verfahrensnorm handelt, deren Einhaltung deutlich als unverzichtbar zu erkennen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Verfahrensnorm verfassungsrechtlich sanktioniert ist und ihre Anerkennung in internationalen Deklarationen und Konventionen gefunden hat."

Auf diese letzte und aufschlussreichste These von Baur ist bereits an anderer Stelle dieser Arbeit eingegangen worden (3); aber dennoch ist auf sie hier noch einmal einzutreten, denn diese These bietet nun wirklich einen Ansatzpunkt für eine Weiterentwicklung und Lösung des ordre public-Problems.

Zu Recht stellt Baur (4) fest, dass es verfehlt wäre, bei einer nur auf das inländische Verfahrens- und Verfassungsrecht gerichteten Betrachtungsweise stehen zu bleiben; vielmehr verlangen die "internationalen Rechtsverflechtungen" und "die sich daraus ergebende gegenseitige Rücksichtnahme auf die Eigenart fremder Verfahrensordnungen" einen Blick über die Grenzen hinaus. Es bedarf eben heute unbedingt eines Vergleichs der Verfahrensordnungen der verschiedenen Kulturstaaten (5). Ebenso ist seiner These darin zuzustimmen, dass sich aus den internationalen Konventionen und Deklarationen Gemeinsamkeiten ableiten lassen (6).

1) BGE 103 Ia 532, vgl. auch vorn § 2 B III 1

2) a.a.O. 19/20

3) vorn III 1 b)

4) a.a.O. 18

5) a.a.O. 18/19

6) a.a.O. 19

Diese dritte These stellt m.E. eine gelungene Synthese der Forderungen nach einer Internationalisierung des *ordre public* im völkerrechtlichen Sinne wie auch im rechtsvergleichenden Sinne dar, welche sehr zu begrüßen ist. Denn - wie Neuhaus bestätigt (1) - sind die Berührungspunkte zwischen Völkerrecht und nationalem Recht im Internationalen Verfahrensrecht eben viel häufiger als im Internationalen Privatrecht; dies wohl deswegen, weil die wesentlichen Verfahrensgrundsätze regelmässig in den Verfassungen der einzelnen Staaten verankert sind und auch in internationalen Konventionen und Deklarationen ihren Niederschlag gefunden haben (2).

Es ist deshalb sicher richtig, im folgenden diese Internationalisierungsversuche, man könnte sie auch Angleichungs- oder Harmonisierungsversuche nennen, miteinander zu verbinden; denn sie bezwecken das Gleiche, nämlich Gemeinsamkeiten festzustellen, und dadurch zu übereinstimmenden Voraussetzungen eines "fair trial" zu gelangen und damit die Vorbehaltsklausel zu internationalisieren und einzuschränken.

E) ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE VON LIT. B, C UND D

Wie schon Kahn für das Internationale Privatrecht erkannte, so stellt auch für das Internationale Verfahrensrecht der *ordre public* "den NOCH UNERKANNTEN UND DEN NOCH UNFERTIGEN TEIL DES INTERNATIONALEN PRIVATRECHTS" bzw. Internationalen Verfahrensrecht dar (3). Die Vorbehaltsklausel wird dazu benutzt, eine noch nicht fertig ausformulierte Sachnorm oder Kollisionsnorm einzuführen (4). Um sie wieder ihrem typischen Anwendungsbereich zuzuführen, der Nichtanwendung bzw. Nichtanerkennung einer unser Rechtsempfinden

1) 73

2) vgl. z.B. EMRK Art. 6 und UN-Konvention über die Menschenrechte Art. 10

3) vorn A I

4) vorn B I + II

aufs tiefste verletzende ausländische Norm, gilt es diese verdeckten Sach- und Kollisionsnormen zu erkennen und von ihr auszugliedern (1).

Bei diesem Versuch ist vor einem nationalistischen Einzelgang zu warnen, die internationalen, insbesondere wirtschaftlichen Verflechtungen verlangen nach einer gemeinsamen Lösung, wenn immer möglich auf bindender staatsvertraglicher Ebene (2).

An erster Stelle ist dabei die Bildung international vereinheitlichter Sachnormen anzustreben, denn sie schliessen die Anwendung der ordre public-Klausel regelmässig aus, weil die Vorbehaltsklausel nicht gegenüber einer Sachnorm der eigenen Rechtsordnung zur Anwendung gelangen kann (3). Die Verschiedenheit der historischen Entwicklung sowie der natürlichen und kulturellen Verhältnisse aller Herren Länder setzt aber dem Traum von einer einheitlichen Rechtsordnung enge Schranken, und auch die Interessen der Demokratie und der Entwicklung des Rechtes warnen vor einer umfassenden Vereinheitlichung (4).

Ist also von einem Nebeneinander verschiedener Rechtsordnungen auszugehen, so gilt es als zweites Postulat, die Bildung einheitlicher Kollisionsnormen zu fordern, denn wie bereits Savigny festhielt, sollen

"die Rechtsverhältnisse, in den Fällen einer Collision der Gesetze, dieselbe Beurtheilung zu erwarten haben, ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urtheil gesprochen werde" (5).

Diese Forderung ist sowohl für das Internationale Privatrecht wie auch für das Internationale Verfahrensrecht von zentraler Bedeutung (6). Die Verwirklichung dieses Postulats ist auf demselben Wege anzustreben wie die Bildung von international vereinheitlichten Sachnormen, wenn immer möglich also auf staatsvertraglicher Ebene. Allerdings ist bei dem anzustrebenden Entscheidungseinklang vor

1) vorn B I
2) vorn C I 1
3) vorn C I 2

4) vorn C I 4
5) vorn C II 1
6) vorn C II 2

einer statistischen, numerischen Lösung zu warnen; nicht die Quantität der gleichen Regeln soll den Ausschlag geben, sondern die Qualität derselben (1).

Aber auch der Vereinheitlichung von Kollisionsnormen sind Grenzen gesetzt: Unterschiedliche grundsätzliche Wertentscheidungen der verschiedenen staatlichen Systeme, strukturelle Unterschiede der einzelnen Rechtsordnungen und die damit verbundene unterschiedliche Ausgestaltung der einzelnen Rechtsinstitute verunmöglichen vielfach gleichlautende Kollisionsnormen (2); dennoch werden regelmässig die einzelnen Staaten eher bereit sein, einem multilateralen Uebereinkommen betreffend Vereinheitlichung von Kollisionsnormen statt von Sachnormen beizutreten, da auch bei international vereinheitlichten Kollisionsregeln Raum bleibt für die Anwendung des *ordre public* (3).

Da der Anwendungsbereich der Vorbehaltsklausel nur sehr begrenzt durch einheitliche Sachnormen und Kollisionsnormen eingeschränkt werden kann, ist als Drittes eine Beschränkung des Anwendungsbereiches der Klausel selbst zu fordern (4). Dabei ist jedoch die Beschränkung des Anwendungsbereiches des *ordre public* durch einen positiven Katalog wegen seiner Starrheit und der daraus folgenden Unmöglichkeit sich veränderten Verhältnissen anpassen zu können abzulehnen (5). Hingegen ist die Aufstellung eines Negativkataloges - wie es Neuhaus vorschlägt - zu begrüßen, denn dadurch kann dem Missbrauch des *ordre public*-Vorbehalts Einhalt geboten werden, ohne dass die Klausel ihre Eigendynamik verliert (6). Die Auslegung eines jeglichen Staatsvertrags ergibt denn auch einen solchen stillschweigenden Negativkatalog; gilt doch der Grundsatz, dass nicht auf dem Umwege über die Vorbehaltsklausel das Ergebnis rückgängig gemacht werden darf, welches das Uebereinkommen gerade erreichen wollte (7).

1) vorn C II 3

2) vorn C II 4

3) vorn C II 5

4) vorn C II 5 a.E. und D

5) vorn D I

6) vorn D II

7) vorn D II

Darüber hinaus haben die zunehmenden internationalen Verflechtungen im wirtschaftlichen Bereich in unserer Zeit auch ihren Niederschlag im Rechtsalltag gefunden und diese Erscheinung ist auch am *ordre public* nicht spurlos vorbeigegangen; so erfährt derselbe heute eine Beschränkung durch eine "Internationalisierung": mehr und mehr lassen sich nämlich - sei es nun durch die Rechtsvergleichung (1), sei es durch völkerrechtlich anerkannte Grundsätze (2) oder sei es notgedrungenenfalls mangels einer *lex fori* der internationalen Gerichte (3) - gemeinsame Rechtsgrundsätze erkennen. Die so gefundenen Grundsätze eines "fair trial" sind von allgemeiner Gültigkeit und stellen zugleich die Grenze der Anforderungen an ein ausländisches Verfahren dar, oder anders gesagt, sind daneben bestehende Verschiedenheiten der einzelnen Verfahrensordnungen zu anerkennen. Im weitern kann infolge dieser "Internationalisierung" auf das Erfordernis einer Binnenbeziehung verzichtet werden (4).

Zur Bestimmung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze sind nun einerseits die verschiedenen internationalen Deklarationen und Uebereinkünfte, wie z.B. die EMRK, beizuziehen (5). Andererseits gilt es dabei, auch die wichtigsten und "vitalsten" nationalen Rechtsordnungen zu untersuchen, wozu im Bereiche der Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit diejenigen der USA, Grossbritanniens, Frankreichs, Schwedens und der Schweiz gehören. Aber auch ein rechtsvergleichender Blick in den Ostblock sollte, soweit möglich, nicht unterbleiben. Zum Dritten können die Schiedsreglemente der verschiedenen Organisationen, insbesondere diejenigen von internationaler Bedeutung, wie etwa die Statuten der IHK oder der AAA, wertvolle Hinweise liefern (6).

1) vorn D III 3

2) vorn D III 1

3) vorn D III 2

4) vorn D III 3 a) a.E. und D III 5

5) vorn D III 1 b) und D IV 3

6) vorn D III 3 b)

Ein sogenannter europäischer ordre public ist aber aus schweizerischer Sicht vorderhand abzulehnen, denn diese Entwicklung mündet in einen blockpolitischen Abwehrmechanismus. Die Entscheidung für einen solchen ordre public bedeutet deshalb ein Abweichen vom Neutralitätsgrundsatz und ist somit von grösster politischer Tragweite, weshalb es nicht die Aufgabe der Gerichte oder der Rechtswissenschaft sein kann und darf, darüber zu befinden (1).

Gesamthaft können somit drei Stufen zur Lösung des ordre public-Problems unterschieden werden:

1. Die unterste Stufe besteht in der Beschränkung der Vorbehaltsklausel selbst, sei es durch die Bildung eines Negativkataloges oder durch die Bildung und Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze.
2. Die nächste Stufe bildet die Erkennung und Ausgliederung von versteckten Kollisionsnormen aus dem ordre public.
3. Die oberste Stufe stellt schliesslich die Erkennung und Ausgliederung von versteckten Sachnormen aus dem ordre public dar.

1) vorn D III 4

§ 4 DIE VERWIRKLICHUNG DER POSTULATE ZUR LÖSUNG DES ORDRE PUBLIC-PROBLEMS IN DER PRAXIS

A) ZUM WEITEREN VORGEHEN

Im folgenden gilt es nun zu untersuchen, wie weit die im vorhergehenden Paragraphen entwickelten Postulate bereits in der Praxis Eingang gefunden haben oder ob sich wenigstens Ansätze hiezu zeigen. Dabei soll zuerst die bundesgerichtliche Praxis im allgemeinen betrachtet werden, während sich der zweite und dritte Teil der Arbeit speziell mit den Problemen bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen beschäftigt.

B) DIE VERWIRKLICHUNG DES POSTULATES DER BESCHRAENKUNG DER VORBEHALTSKLAUSEL SELBST

1. Die Bildung eines Negativkataloges

Seit langem befolgt das Bundesgericht den Grundsatz, dass nicht gerade das Ergebnis, welches man mit einem Staatsvertrag erreichen wollte, auf dem Umweg über den ordre public-Vorbehalt wieder rückgängig gemacht werden darf. Regelmässig erblickt nämlich das oberste Gericht im vorbehaltlosen Beitritt zu einem bilateralen oder multilateralen Uebereinkommen eine Anerkennung der bestehenden Verschiedenheiten der einzelnen Verfahrensordnungen und in der Folge keine Verletzung des ordre public, wenn das Gericht des Urteilsstaates nach seinen Regeln vorgegangen ist (1).

Die Weiterentwicklung dieses Grundsatzes führt denn auch in der bundesgerichtlichen Praxis (2) zur Bildung eines Negativkataloges:

1) vorn § 2 B V 2 a

2) BGE 101 Ia 526; vgl. vorn § 2 B V 3

Das oberste Gericht hält nämlich fest, dass je detaillierter die "formellen" Voraussetzungen sind, welche eine Uebereinkunft an die Vollstreckung eines Schiedsspruches stellt, desto enger der Anwendungsbereich des ordre public-Vorbehalts ist, weil nicht auf dem Umwege über die Vorbehaltsklausel die Anwendung des Uebereinkommens ausgeschlossen werden darf. Die konsequente Beachtung dieses Grundsatzes führt regelmässig bei der Auslegung des jeweiligen Staatsvertrages zu der Heranbildung eines stillschweigenden Negativkatalogs, d.h. die speziellen Voraussetzungen des betreffenden Uebereinkommens bestimmen zugleich auch negativ, welche Voraussetzungen nicht an die Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung gestellt werden dürfen (1).

Gesamthaft kann festgestellt werden, dass das Postulat der Bildung eines Negativkataloges in der Praxis Eingang gefunden hat; und es wird im zweiten Teil der Arbeit versucht werden, diesen Katalog für die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen transparent zu machen.

11. Die Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze

In jüngster Zeit zeigte das Bundesgericht höchst begrüßenswerte Ansatzpunkte einer rechtsvergleichenden "Oeffnung" des ordre public. So verglich es die schweizerische Lösung nicht nur mit den Lösungen benachbarter Länder - in casu Deutschlands und Frankreichs -, sondern es verglich dieselbe auch mit der Lösung des Europäischen Uebereinkommens über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, obwohl die Schweiz diesem Abkommen noch nicht beigetreten ist (2).

Dass das oberste Gericht diesen rechtsvergleichenden Exkurs unternahm, um die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches zu rechtfertigen, also den ordre public-Vorbehalt nicht anzuwenden,

1) vorn § 3 D II

2) BGE 101 Ia 528/29 vgl. vorn § 2 B III 1 b

deutet in die Richtung einer Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorbehaltsklausel durch eine "Internationalisierung" und lässt sicherlich den Rückschluss zu, es werde auch im umgekehrten Fall - wenn die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung zur Debatte steht - dieselben Ueberlegungen anstellen. Dies könnte dann u.U. dazu führen, dass das Bundesgericht eine die Anwendung der Vorbehaltsklausel bejahende innerstaatliche Lösung aufgrund der Rechtsvergleichung revidiert und zum Schluss gelangt, der ordre public sei doch nicht verletzt.

Auch einer der letzten Entscheide des obersten Gerichts (1) bekräftigt diese Hoffnung; hier bestätigt das Bundesgericht die dritte These von Baur (2) und hält fest, dass die EMRK als Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung zur Bestimmung des schweizerischen ordre public beizuziehen ist. Dieser, im Vergleich zu dem im vorhergehenden Absatz beschriebenen rechtsvergleichenden, eher völkerrechtliche Ansatz (3) bewirkt einerseits, dass sich der eine innerstaatliche ordre public allmählich durch die internationalen Uebereinkünfte dem andern innerstaatlichen ordre public annähert und angleicht, so dass man von einer Harmonisierung und Internationalisierung sprechen kann (4). Zum anderen führt auch diese Erscheinung zu einer internationalen "Oeffnung", und damit zu einer Selbstbeschränkung der Vorbehaltsklausel.

Dennoch muss festgehalten werden, dass sich das Postulat der Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze bislang nur ansatzweise und bruchstückhaft in der Praxis des Bundesgerichts verwirklicht hat und eine Konkretisierung und Systematisierung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche den ordre public einschränken sollen, in praktikable Normen ungleich schwieriger ist als etwa die Bildung eines Negativkatalogs. Ohne eine eingehende, rechtsvergleichende Studie, die den aktuellsten Stand festhält, lassen sich wohl keine

1) BGE 103 Ia 205

2) vorn § 3 D IV 3

3) vgl. vorn § 3 D III 1 und 3

4) vgl. dazu vorn § 3 D III 1 und 3 und § 3 D IV 3

brauchbaren Erkenntnisse gewinnen. Zudem wird ein solcher Normenkomplex immer nur relative Geltung beanspruchen können, da im Rahmen der Anwendung des ordre public-Vorbehalts stets auch noch die Konkretetheit und Kausalität der Verletzung dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze geprüft werden muss (1).

Ueberhaupt werden sich wohl nur wenige allgemeine Grundsätze auf die beschriebene Art und Weise bilden lassen; bei ihnen stellt sich aber dann die Frage, ob sie nicht so grundlegend sind, dass sie sich als Sachnormen oder Kollisionsnormen vom ordre public-Vorbehalt ausgliedern lassen (2).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Postulat der Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze zwar bereits in der Praxis Eingang gefunden und auch zu einer erfreulichen rechtsvergleichenden "Oeffnung" des ordre public-Vorbehalts beigetragen hat, aber dass sich dieses Postulat nur mit grossen Schwierigkeiten konkret und systematisch ausgestalten lässt. Darüber hinaus gebietet die Eigendynamik und Flexibilität der ordre public-Klausel eigentlich das Gegenteil, nämlich dass man von Fall zu Fall vergleicht und entscheidet; denn die Aufstellung eines Normenkomplexes allgemeingültiger Rechtsgrundsätze würde letzten Endes auf die Bildung eines positiven Kataloges des Anwendungsbereiches der Vorbehaltsklausel hinauslaufen, dessen Erstellung aber bereits an anderer Stelle verworfen worden ist (3).

1) vorn § 2 B III 2, sowie Neuhaus 369 f.

2) vorn § 3 C I und II; hinten 2. Teil: § 6 B I 2 und § 7 A

3) vorn § 3 D I

C) DIE VERWIRKLICHUNG DER POSTULATE DER BILDUNG INTERNATIONAL VEREINHEITLICHTER KOLLISIONSNORMEN BZW. SACHNORMEN

Was die Verwirklichung der Postulate der Bildung international vereinheitlichter Kollisionsnormen bzw. Sachnormen angeht, d.h. die Ausgliederung bestimmter Normen aus dem ordre public-Vorbehalt, findet sich in der Praxis des obersten Gerichts kaum ein Ansatzpunkt dazu. Einzig vielleicht der Entscheid 46 I 458 ff., insbesondere S. 464, wo die Anerkennung eines ausländischen Urteils verweigert worden ist, enthält einen schwachen Hinweis diesbezüglich. Das Bundesgericht spricht nämlich von einem allgemein anerkannten Prinzip, dass die Vollstreckung zu verweigern sei, wenn der betreffende ausländische Entscheid im Widerspruch steht zu einem früheren inländischen. Jedoch verzichtet es darauf, diesen Grundsatz ausdrücklich vom ordre public-Vorbehalt auszugliedern, wiewohl dies möglich und z.T. in neueren Staatsverträgen auch geschehen ist (1).

In der Praxis des Bundesgerichtes fehlen also bisher eindeutige Ansatzpunkte, die auf die Verwirklichung dieser Postulate hinweisen; aber die in den Staatsverträgen enthaltenen speziellen Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung - vom Bundesgericht auch als "formelle" Voraussetzungen bezeichnet (2) - sind oft nichts anderes als von der Vorbehaltsklausel ausgegliederte und nunmehr allgemein formulierte Kollisions- bzw. Sachnormen. Inwieweit solche Kollisions- bzw. Sachnormen im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche bestehen, soll im folgenden Teil der Arbeit untersucht werden.

1) vorn § 3 B II

2) 101 Ia 526

2. TEIL

DIE ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG AUSLAENDISCHER SCHIEDSSPRUECHE

§ 1 TERMINOLOGIE

A) URTEILSSTAAT UND ANERKENNUNGSSTAAT BZW. VOLLSTRECKUNGSSTAAT

Als "Urteilsstaat" bezeichnet man denjenigen Staat, in welchem eine Entscheidung ergangen ist (1). Handelt es sich um die Entscheidung einer staatlichen Instanz, bereitet die Lokalisierung derselben keine Probleme. Anders hingegen im Bereiche der Schiedsgerichtsbarkeit, denn die Entscheidung eines Schiedsgerichts gilt als in dem Staate ergangen, wo sich der Sitz desselben befunden hat; diesen festzustellen ist aber unter Umständen mit Schwierigkeiten verbunden (2).

Als "Anerkennungs- oder Vollstreckungsstaat" bezeichnet man denjenigen Staat, in welchem um die Anerkennung bzw. Vollstreckung nachgesucht wird (3).

Zuweilen bezeichnet man den Urteilsstaat auch als "Erststaat" und den Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaat als "Zweitstaat".

1) Kaufmann, ZBJV 112 (1976) 362
2) vgl. Walder, SJZ 72 (1976) 250
3) Kaufmann, ZBJV 112 (1976) 362

B) ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG

Die Problematik, die sich bei der Anerkennung im allgemeinen stellt, kann folgendermassen umrissen werden: Ein Entscheid ist im Ausland ergangen und nun fragt es sich, welche Rechtswirkungen dieser im Inland erzeugt, z.B. ob gestützt auf ihn die prozessuale Einrede des *res iudicata* erhoben werden kann oder nicht; oder ob ein im Ausland ergangenes Leistungsurteil im Inland vollzogen, d.h. vollstreckt werden kann.

Mit Kaufmann (1) ist festzuhalten, dass "Anerkennung im engeren Sinn" bedeutet, dass einer Entscheidung im Anerkennungsstaat diejenigen Wirkungen beigelegt werden, welche sie im Urteilsstaat hat. Anerkennung bedeutet nämlich nicht notwendig die Erstreckung der materiellen Rechtskraft auf den Anerkennungsstaat; vielmehr können auch Entscheide, die nicht in materielle Rechtskraft erwachsen - wie etwa einstweilige Verfügungen oder gewisse Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit -, gleichfalls im Sinne der obigen Definition anerkannt werden (2).

"Vollstreckung" bedeutet alsdann Anerkennung und Verwirklichung einer besonderen Wirkung des ausländischen Entscheides; somit stellt die Vollstreckung eine besondere Erscheinungsform der "Anerkennung im weiteren Sinne" dar. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vollstreckung einer Entscheidung deren Anerkennung voraussetzt, dass aber nicht jeder anerkennungsfähige Entscheid vollstreckt werden kann. Spricht also ein bilaterales oder ein multilaterales Abkommen oder ein Gesetz - wie die ZH ZPO - lediglich von Vollstreckung, so muss darin notwendig auch die Möglichkeit einer blossen Anerkennung mitenthalten sein (3).

Will man die Begriffe Anerkennung und Vollstreckung unter einem Oberbegriff zusammennehmen, so kann man statt von Anerkennung im weiteren Sinne auch von "Akzeptation" sprechen (4).

1) ZBJV 112 (1976) 362/63

2) Kaufmann, ZBJV 112 (1976) 363; Guldener, IZPR 91

3) Kaufmann, ZBJV 112 (1976) 364

4) Niedermann 7

§ 2 KOMPETENZVERTEILUNG UND ANWENDBARES RECHT

A) BEI VERURTEILUNG ZUR ZAHLUNG EINER GELDSCHULD UND BEI ANWENDUNG EINES STAATSVETRAGES

Aufgrund von Art. 64 Abs. 1 BV ist der Bund zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Betreibungs- und Konkursrechts ermächtigt; also wäre er an und für sich berechtigt gewesen, die Vollstreckung ausländischer Urteile, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten, selbst abschliessend zu regeln. Von dieser Kompetenz hat er aber keinen Gebrauch gemacht, lediglich das SchKG (1) enthält eine Bestimmung über die Gewährung der Rechtsöffnung für ausländische Urteile, die in Staaten ergangen sind, mit denen die Schweiz einen Vollstreckungsvertrag abgeschlossen hat (2); hienach stehen dem Betriebenen die Einwendungen zu, die der Staatsvertrag vorsieht. Daraus leitet nun das Bundesgericht – dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts folgend – ab, dass nur der Bund weitere, die Vollstreckung erleichternde Bestimmungen aufstellen könne, sofern dies der Staatsvertrag zulässt (3).

Demgegenüber vertritt Guldener den Standpunkt, dass eine Vollstreckung aufgrund des günstigeren inländischen Rechts immer zulässig sei, da Sinn und Zweck der Anerkennungs- und Vollstreckungsverträge die Erleichterung der Akzeptation sei; nur wenn der Staatsvertrag selbst die Anerkennung und Vollstreckung unter leichteren Voraussetzungen ausschliesse, so sei die Anwendung der kantonalen Vorschriften unzulässig (4). Zudem sind nach seiner Auffassung die Kantone zuständig, Normen über die Vollstreckung aufzustellen, soweit der Bund darüber keine Regeln aufgestellt hat (5).

Dieser Ansicht ist denn auch zu folgen, ist doch das Argument der

1) Art. 81 Abs. 3

2) Guldener, IZPR 94 Anm. 12

3) BGE 76 I 346/47

4) Guldener, IZPR 132

5) Guldener, IZPR 94, 132 Anm. 17

derogatorischen Kraft des Bundesrechtes im vorliegenden Falle nicht unanfechtbar. Das Bundesgericht übergeht nämlich die von Fleiner/Giacometti (1) entwickelte und von Aubert (2) bestätigte Theorie, wonach die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes in der Regel nur nachträglich derogierende Kraft besitzen, d.h. die entgegenstehenden kantonalen Bestimmungen erst mit Inkrafttreten der entsprechenden Bundesgesetze ausser Kraft gesetzt werden. In der Zwischenzeit besteht somit eine aktuell geltende kantonale Zuständigkeit und Regelung neben einer virtuellen Bundeskompetenz (3).

Art. 81 Abs. 3 SchKG stellt nun keineswegs eine abschliessende Regelung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile auf Geldleistung dar, sondern hält einerseits nur eine Selbstverständlichkeit fest, indem er dem Betriebenen die Einwendungen des jeweiligen Staatsvertrags gewährt. Dasselbe müsste auch gelten, wenn sich das SchKG darüber ausschwiege, würde doch das Gegenteil regelmässig einer Verletzung des betreffenden Staatsvertrages gleichkommen. Andererseits bewirkt die Vorschrift lediglich, dass der Entscheid über die Vollstreckbarkeit direkt im Rechtsöffnungsverfahren gefällt werden muss und nicht in ein Exequaturverfahren verwiesen werden darf. Es kann also nicht gesagt werden, dass die Norm abschliessend Aussagen über die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung macht.

Verweist nun ein Staatsvertrag ausdrücklich - wie das Genfer Abkommen in Art. 5 bzw. das New Yorker Uebereinkommen in Art. VII - auf die Möglichkeit einer Vollstreckung nach innerstaatlichem Recht im Sinne eines Vorbehalts des günstigeren Rechts (4), so kommt die von Guldener vertretene Lösung zum Tragen, denn nur so kann die Anerkennung und Vollstreckung erleichtert werden, nur so kann dem Sinn und Zweck dieser staatsvertraglichen Bestimmungen nachgelebt werden.

1) 98 ff.

2) no. 702

3) Fleiner/Giacometti 100 ff.

4) Bertheau 98 f.

Der jeweilige Staatsvertrag verweist also auf das innerstaatliche Recht, wobei grundsätzlich - soweit es sich um Geldschulden handelt - der Bund zuständig wäre, Bestimmungen zu erlassen. Von dieser Ermächtigung hat er aber bis anhin keinen erschöpfenden Gebrauch gemacht, und da es sich bei der in Frage stehenden Kompetenznorm um eine solche mit nachträglich derogierender Kraft handelt, sind die kantonalen Regelungen weiterhin als geltendes Recht zur Anwendung zu bringen.

B) BEI VERURTEILUNG ZUR ZAHLUNG EINER GELDSCHULD UND BEI NICHTVORLIEGEN EINES STAATSVERTRAGES

Geht das Urteil auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung und liegt kein Staatsvertrag vor, so gilt mangels bundesrechtlicher Normen das Vollstreckungsrecht desjenigen Kantons, in welchem um Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, ebenfalls dem geschilderten Grundsatz folgend, dass das kantonale Recht so lange gültig ist, bis der Bund die entsprechenden Normen erlassen hat (1).

C) BEI VERURTEILUNG ZU EINER ANDERN LEISTUNG

Handelt es sich hingegen um die Akzeption eines Urteils oder Schiedsspruchs, der nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautet, so liegt gemäss historischer Auslegung des Art. 64 BV die Kompetenz zur Regelung der Materie an sich bei den Kantonen (2).

Besteht nun ein Staatsvertrag, so geht dieser dennoch als Bundes-

1) Klein, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und die schweiz. Rechtsordnung in: Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz 48

2) Walder 464; Burckhardt 613/14

recht (1) der kantonalen Regelung vor und bewirkt, dass zusätzliche, erschwerende kantonalrechtliche Bestimmungen - wie etwa der Vorbehalt des Gegenrechts - als nichtig zu betrachten sind (2).

Schliesst der betreffende Staatsvertrag die Anerkennung und Vollstreckung unter leichteren Bedingungen nicht ausdrücklich aus, oder verweist er gar, wie die beiden erwähnten Abkommen von Genf und New York auf das innerstaatliche Recht, falls es vollstreckungsfreundlicher ist (3), so können ohne Zweifel die kantonalen Regelungen zur Anwendung gelangen, da dem Bund auf diesem Teilgebiet der Anerkennung und Vollstreckung keine Gesetzgebungskompetenz zusteht. Besteht kein Staatsvertrag, so sind grundsätzlich allein die kantonalen Normen massgebend (4).

D) ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Bundesrecht mit Ausnahme von Art. 81 Abs. 3 SchKG keine einschlägigen Normen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen enthält; und dass die Unterscheidung Bundesrecht oder kantonales Recht nicht erstrangig ist, sondern es ist vorweg zu untersuchen, ob staatsvertragliche Normen zur Anwendung gelangen. Des weiteren ist zu beachten, dass die kantonalen Regelungen, falls sie vollstreckungsfreundlicher sind, auch beim Vorliegen eines Staatsvertrages zur Anwendung kommen können.

1) Fleiner/Giacometti 830/31

2) Klein (zit. vorn S. 81 Anm. 1) 49

3) Art. 5 Genfer Abkommen; Art. VII NYU

4) Klein (zit. vorn S. 81 Anm. 1) 49; Sträuli/Messmer § 302 N 5

§ 3 ALLGEMEINES ZU DEN EINZELNEN ANERKENNUNGS- UND VOLLSTRECKUNGSVORAUSSETZUNGEN

A) DIE ZU UNTERSUCHENDEN ERLASSE

In Anbetracht der grossen Zahl von Mitgliedstaaten des New Yorker Uebereinkommens (1) rechtfertigt sich für die weiteren Untersuchungen eine Beschränkung auf diese eine multilaterale Konvention, insbesondere weil durch dieses Uebereinkommen das Genfer Abkommen immer mehr verdrängt wird (2).

Was die bilateralen Verträge angeht, so ist festzuhalten, dass der Vertrag mit dem wichtigsten Handelspartner der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland, die Bestimmungen des Genfer Abkommens für anwendbar erklärt (3). Da aber inzwischen beide Staaten dem NYÜ beigetreten sind und gemäss Art. VII Abs. 2 des letztgenannten Uebereinkommens das erstgenannte im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten beider Verträge zugunsten des letzteren ausser Kraft tritt, sind nunmehr die Voraussetzungen des NYÜ zwischen der Bundesrepublik und der Schweiz als massgebend zu betrachten.

Was das Abkommen zwischen Schweden und der Schweiz anbelangt, gilt das genau Gleiche, da ebenfalls beide Staaten dem NYÜ beigetreten sind (4).

Der Staatsvertrag mit Frankreich (5) regelt in den Art. 15 ff. die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheiden staatlicher Gerichte und Schiedsgerichte gleichermassen, aber nur sehr fragmentarisch, womit für Einzelheiten auf das NYÜ zurückgegriffen werden muss, sind doch beide Staaten sowohl dem Genfer Protokoll und Abkommen als auch dem nunmehr für sie verbindlichen NYÜ beigetreten. Dabei

1) vgl. SR 0.277.12

2) vgl. Art. VII Abs. 2 NYÜ

3) Art. 9, SR 0.276.191.361

4) Art. 13, SR 0.276.197.141

5) SR 0.276.193.491

hat Frankreich allerdings von der im Uebereinkommen vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Anwendungsbereich desselben auf Handelssachen zu beschränken (1).

Weder mit Grossbritannien noch mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika bestehen bilaterale Verträge; beide Staaten haben aber gleichfalls die NYU ratifiziert, die USA jedoch mit demselben Vorbehalt wie Frankreich (2).

Der Handelsvertrag mit der UdSSR (3) enthält in Art. 11 Bestimmungen über die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen. Diese Normen, die nur auf Handelssachen anwendbar wären, müssen aber dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* folgend dem NYU weichen, d.h. die UdSSR kann sich nicht mehr auf die strengeren Voraussetzungen bezüglich der Form nach diesem Vertrag berufen.

Gesamthaft kommen somit für die hier zu untersuchenden Länder (4) keine bilateralen Verträge, sondern das NYU zur Anwendung, womit sich die Untersuchung auf die Uebereinkunft sowie auf das innerstaatliche Recht beschränken kann.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass einige der soeben untersuchten Staaten dem Europäischen Uebereinkommen (EU) über internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 beigetreten sind und die Schweiz einen Beitritt in Erwägung zieht, denn dieses Uebereinkommen dient der Ergänzung und nicht der Ersetzung von NYU (5). Zudem übernimmt es in Art. IX die Versagungsgründe des NYU mit einer einzigen Einschränkung, nämlich dass die Aufhebung des Schiedsspruches im Urteilsstaat nur dann einen Grund zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung bildet, wenn sie auf einem der in lit. a-d Art. IX EU aufgezählten Gründe beruht, welche praktisch identisch sind mit den Gründen in lit. a-d Art. V Abs. 1 NYU (6).

1) vgl. SR 0.277.12

2) vgl. SR 0.277.12

3) SR 0.946.297.72

4) vgl. vorn 1. Teil: § 3 D III 3 b

5) Walker 90

6) Kaiser 176/77

Bezüglich des innerstaatlichen Rechts wird insbesondere die Regelung des Kantons Zürich näher zu betrachten sein.

B) ZUM WEITEREN VORGEHEN

Folgende Probleme sind nunmehr anhand des NYÜ zu untersuchen:

- Wird der ordre public-Vorbehalt durch die einzelnen Anerkennungsvoraussetzungen bzw. Versagungsgründe eingeschränkt, lassen sich dabei gewisse Sachnormen oder Kollisionsnormen ausgliedern?
- Lässt sich ein Negativkatalog aufstellen, d.h. in welchen Fällen verbietet das NYÜ, weitere oder weitergehende Versagungsgründe durch Berufung auf den ordre public zu schaffen?
- Kann umgekehrt auf ausdrücklich im NYÜ vorgesehene Anerkennungsvoraussetzungen verzichtet werden, weil sie das kantonale Recht nicht verlangt; oder sind diese Voraussetzungen im einheimischen ordre public mitenthalten?

Die Beantwortung dieser Fragen verlangt selbstverständlich vorgehend eine Analyse und Auslegung der einzelnen Vollstreckungsvoraussetzungen des NYÜ.

Das NYÜ legt in Art. VII Abs. 1 ausdrücklich fest, dass sich die Parteien bei der Anerkennung und Vollstreckung auf das innerstaatliche Recht oder auf besondere bilaterale Verträge der betreffenden Staaten berufen können. Da das Abkommen die maximalen Anforderungen an die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen festlegt, also eine obere Grenze aufstellt, muss dieser Artikel VII in dem Sinne verstanden werden, dass sich die die Vollstreckung beantragende Partei nur auf die Akzeptation erleichterndes innerstaatliches oder bilaterales Recht berufen kann (1). Um die mögli-

1) Bertheau 98 f.

chen Erleichterungen, die sich wie gezeigt (1) in der Schweiz auch aufgrund des kantonalen Rechts ergeben können, besser zu erfassen, ist es im folgenden angezeigt, die einzelnen Regelungen nicht getrennt - also z.B. zuerst die Voraussetzungen der Akzeption nach innerstaatlichem Recht - darzustellen, sondern bezüglich der einzelnen Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen die Unterschiede je nach anwendbarem Recht aufzuzeigen.

C) DIE BEWEISLASTVERTEILUNG

I. Im Anwendungsbereich des NYU

1. DIE AUTHENTIZITÄT DES SCHIEDSSPRUCHS

Nur gerade die Authentizität von Schiedsspruch und Schiedsvertrag ist in Art. IV NYU als positive Anerkennungs Voraussetzung ausgestaltet. Demnach hat die Partei, welche die Vollstreckung beantragt, den Schiedsspruch und den Schiedsvertrag im Original oder in beglaubigter Abschrift vorzulegen.

Wird der Schiedsvertrag im Original vorgelegt, so ist dies vollumfänglich ausreichend, während es beim Original des Schiedsspruches einer Beglaubigung durch den konsularischen oder diplomatischen Vertreter des Vollstreckungsstaates oder durch die Behörden des Urteilsstaates bedarf. Sowohl die Bestätigung der einen wie der anderen Behörde bürgt für ausreichende Sicherheit bezüglich der Authentizität des Schiedsspruches (2). In jüngster Zeit ist die Praxis sogar noch freizügiger geworden, so erachtete der U.S.District Court for the Eastern District of Michigan die Kopien eines schweizerischen Schiedsspruches und der dazugehörigen Schiedsvereinbarung als genügend (3).

1) vorn § 2 A, B und C

2) Sanders, Yearbook 1977, 260; a.A. Schlosser I Nr. 806, Schwab 430

3) Sanders, Yearbook 1979, 245 und Yearbook 1978, 293

Eines positiven Nachweises der Verbindlichkeit des Schiedsspruches bedarf es im Gegensatz zum Genfer Abkommen im Anwendungsbereich des NYÜ nicht mehr; damit wird das langwierige Vorgehen einer Doppellexequatur vermieden (1).

2. DIE UEBRIGEN ANERKENNUNGS- UND VOLLSTRECKUNGS- VORAUSSETZUNGEN

Gemäss Ingress zu Abs. 1 von Art. V NYÜ hat der Vollstreckungsgegner nicht nur den Antrag bezüglich der nachfolgenden Anerkennungs- und Vollstreckungsvoraussetzungen zu stellen, sondern er ist dafür auch beweispflichtig; d.h. sämtliche Voraussetzungen der lit. a-e von Art. V Abs. 1 NYÜ sind als Versagungsgründe zu qualifizieren (2).

Der Ingress zu Abs. 2 von Art. V NYÜ, welcher die Schiedsfähigkeit und den ordre public betrifft, ist dem Wortlaut nach zwar als Versagungsgrund formuliert, doch können diese Gründe von Amtes wegen berücksichtigt werden. Keinen Aufschluss gibt der Ingress von Abs. 2 über die Verteilung der Beweislast bzw. der Ermächtigung der Anerkennungsbehörden, diesbezüglich von Amtes wegen ermitteln zu dürfen; vielmehr überlässt die Uebereinkunft die Entscheidung hierüber dem nationalen Recht (3).

1) vgl. hinten § 5 B I

2) Guldener, IZPR 97, Schlosser Nr. 801

3) Schlosser Nr. 802

II. Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts

1. DIE UNTERSCHIEDUNG ZWISCHEN POSITIVEN ANERKENNUNGS- VORAUSSETZUNGEN UND NEGATIVEN VERSAGUNGSGRUENDEN

Der Wortlaut von § 302 ZH ZPO lässt die Unterscheidung zwischen positiven Anerkennungsvoraussetzungen und negativen Versagungsgründen erkennen (1), denn in Satz 1 von Abs. 1 heisst es:

Entscheide ausländischer Gerichte in Zivilsachen werden ...
vollstreckt, wenn ..."

Im Gegensatz dazu beginnt Satz 2 von Abs. 1 wie folgt:

"Der Entscheid wird nicht vollstreckt, wenn ..."

Und schliesslich heisst Satz 3 von Abs. 1:

"Die Vollstreckung kann zudem versagt werden, wenn ..."

Somit sind also die in Satz 1 aufgezählten Gründe als positive Anerkennungsvoraussetzungen zu qualifizieren; während der in Satz 2 genannte Grund als negativer Versagungsgrund einzureihen ist, nicht zuletzt deshalb, weil in Satz 3 mit dem Verbindungswort "zudem" auf den vorhergehenden Satz Bezug genommen wird und Satz 3 sich ganz eindeutig als Versagungsgrund präsentiert (2).

2. DIE POSITIVEN ANERKENNUNGSVORAUSSETZUNGEN

Gemäss § 302 ZH ZPO sind demnach folgende Voraussetzungen von der die Vollstreckung beantragende Partei zu behaupten und zu beweisen:

- Das Vorliegen einer gerichtlichen Entscheidung in Zivilsachen
- Die Rechtskraft bzw. Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit nach dem Recht des Urteilsstaates
- Die internationale Zuständigkeit, d.h. im Rahmen der Schieds-

1) zur Terminologie Guldener IZPR 97

2) Sträuli/Messmer § 302 N 22

gerichtsbarkeit die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung

Zum letzten Punkt muss aber sogleich angefügt werden, dass es selbstverständlich – genau gleich wie im materiellen Recht (1) – genügt, wenn die Partei das Zustandekommen des Vertrages nachweist, während die Widerrechtlichkeit bzw. die Unsittlichkeit des Vertrages oder ein Irrtum bei Vertragsschluss von der Gegenpartei behauptet und bewiesen werden muss.

3. DIE NEGATIVEN VERSAGUNGSGRÜNDE

Versagungsgründe, die vom Vollstreckungsgegner bewiesen werden müssen, sind im kantonalen Recht gemäss § 302 ZH ZPO:

- der ordre public
- das mangelnde Gegenrecht

Die letztere Voraussetzung ist aber im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit nicht anwendbar, da gegenteiligenfalls der Vollstreckungskläger ohne Rechtsschutz bleiben würde. Denn würde man die Vollstreckung infolge fehlenden Gegenrechts verweigern, so bliebe die betreffende Partei ohne Rechtsschutz im Inland, da einer Leistungsklage das Prozesshindernis des gültigen Schiedsvertrages entgegenstehen, die Vollstreckung hingegen am mangelnden Gegenrecht scheitern würde (2). Die erstere Voraussetzung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (3), doch der Vollstreckungsgegner trägt die Beweislast (4).

1) Walder 304/05

2) Guldener, IZPR 111; Wiget in Sträuli/Messmer N 6 d nach § 258

3) vorn 1. Teil: § 2 B I 2

4) Guldener, IZPR 97 und 101

III. Die Frage des günstigeren kantonalen Rechts trotz Beweislastumkehrung

1. DIE BEWEISLASTUMKEHRUNG

Fasst man die Ergebnisse von Ziff. I und II zusammen, so erfolgt im Anwendungsbereich des NYÜ eine Beweislastumkehrung im Vergleich zum kantonalen Recht bzgl. der Voraussetzungen der gerichtlichen Entscheidung in Zivilsachen, der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit sowie der internationalen Zuständigkeit.

Der ordre public-Vorbehalt bzw. die Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (1) sind beide Male als Versagungsgründe ausformuliert, und die Beweislast richtet sich nach dem nationalen Recht, gemäss welchem sie vom Vollstreckungsgegner zu tragen ist (2).

2. DAS GÜNSTIGERE KANTONALE RECHT

Gelingt es dem Vollstreckungsgegner, den Nachweis eines Versagungsgrundes im Sinne des NYÜ zu erbringen, so fragt es sich, ob trotz der Beweislastumkehrung noch von günstigerem innerstaatlichem Recht im Sinne von Art. VII NYÜ gesprochen werden kann, wenn das kantonale Recht zwar weniger strenge Voraussetzungen aufstellt, dem Vollstreckungskläger aber die Beweislast hierfür aufbürdet. Das muss zweifelsohne bejaht werden, denn wenn der Beweis gelingt, so kann der Spruch dennoch vollstreckt werden; was selbstverständlich günstiger ist im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ, dessen Zweck bekanntlich in der Erleichterung der Vollstreckung besteht (3).

1) diese gehört im kantonalen Recht zum Inhalt des ordre public, Guldener, IZPR 112

2) vorn Ziff. I 2 und II 3

3) vorn lit. B

§ 4 DIE VORAUSSETZUNG DER GERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNG IN ZIVILSACHEN

A) ZIVILSACHE

Selbstverständlich werden nur Zivilsachen auf dem Zivilwege vollstreckt; wenn nun in Art. I NYU von Rechtsstreitigkeiten die Rede ist, so sind damit selbstredend solche privatrechtlicher Natur gemeint. Davon geht auch Abs. 3 von Art. I NYU aus, welcher jedem Staat die Möglichkeit einräumt, die Anwendbarkeit des Uebereinkommens auf Schiedssprüche, die eine Handelssache betreffen, zu beschränken (1).

Es stellt sich aber die Frage, nach welchem Rechte zu beurteilen ist, ob es sich um eine privatrechtliche Rechtsstreitigkeit – also um eine sogenannte Zivilsache – handle. Hiezu ist folgendes festzuhalten: einerseits bestimmt Abs. 3 von Art. I NYU, dass das innerstaatliche Recht des Anerkennungsstaates darüber entscheidet, was unter einer Handelssache zu verstehen ist; zum andern beurteilt sich gemäss Art. V Abs. 2 lit. a NYU die Schiedsfähigkeit ebenfalls nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates.

Chronologisch betrachtet stellt sich die Frage, ob es sich um eine Handelssache handelt bzw. ob der Streitgegenstand schiedsfähig ist (2), immer nach der Bejahung der Frage, ob es sich um eine Zivilsache handelt. Beurteilen sich nun kraft ausdrücklicher Vorschrift diese Folgefragen nach dem Rechte des Anerkennungsstaates, so muss konsequenterweise auch die vorangehende Frage nach der Zivilsache diesem Rechte entnommen werden; denn immer wenn es sich nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates nicht um eine Zivilsache handelt, fehlt dem Streitgegenstand selbstredend die Schiedsfähigkeit bzw. die Eigenschaft einer Handelssache.

1) vgl. BBl 1964 II 605 ff.

2) Eigentlich sind diese beiden Fragen identisch, denn die Beschränkung auf Handelssachen stellt nichts anderes dar als eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit.

Da nun in der Schweiz das Bundesprivatrecht die Entstehung, Veränderung, den Untergang und den Inhalt von Rechten und Rechtsverhältnissen zwischen gleichwertigen Einzelpersonen ordnet (1), entscheidet sich die Frage, ob eine Zivilsache vorliegt, nach Bundesrecht, ist doch die Frage nach dem Vorliegen einer Zivilsache identisch mit der Frage, ob eine Entscheidung über Bestand oder Nichtbestand privater Rechte oder Rechtsverhältnisse anfällt (2). Die Frage der Anwendbarkeit des günstigeren kantonalen Rechts ist somit hinfällig, da das Bundesrecht abschliessend entscheidet, was eine Zivilsache ist, und sich dies notwendigerweise nach dem gleichen Recht beurteilt, innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches des NYÜ.

B) GERICHTLICHE ENTSCHEIDUNG

I. Problematik

Grundsätzlich werden nur gerichtliche Entscheide, jedoch nicht Entscheide ausländischer Verwaltungsbehörden auf dem Zivilweg vollstreckt (3).

In der Schiedsgerichtsbarkeit liegt nun aber das Problem nicht in der Abgrenzung zwischen Verwaltung und Gericht, sondern zwischen Schiedsgutachten und Schiedsspruch; und anschliessend bedarf es einer Auslegung des Begriffes "Schiedsspruch" (4).

1) Guldener, ZSR 80 (1961) II 3

2) Guldener, IZPR 85

3) Guldener, IZPR 97 Anm. 34c

4) hinten Ziff. III

II. Die Abgrenzung zwischen Schiedsgutachten und Schiedsspruch

Zuerst ist abzuklären, ob auch das Schiedsgutachten (*arbitrato irrituale*) unter den Anwendungsbereich des NYU fällt. Dies ist von Sanders (1) zu Recht verneint worden, denn Schiedsgerichtsbarkeit im eigentlichen Sinne (*arbitrato rituale*) ist – wie er sagt – immer irgendwie umgeben von statutarischen Garantien und einer gerichtlichen Kontrolle. Das ist in Anbetracht der Folgen der Schiedsgerichtsbarkeit verständlich, denn die ordentlichen Gerichte werden durch Abschluss der Schiedsabrede unzuständig und die Entscheidung des Schiedsgerichts wird verbindlich und vollstreckbar. Zudem sind unter den entsprechenden nationalen Rechten Schiedsgutachten regelmässig nicht vollstreckbar, womit ein weiterer Grund gegeben ist, solche Entscheide nicht zu vollziehen, stellt doch die Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat eine unabdingbare Voraussetzung für die Vollstreckung im Anerkennungsstaat dar (2).

Damit ist m.E. auch das anwendbare Recht bestimmt, welches über die Frage der Qualifikation als Schiedsspruch oder Schiedsgutachten zu entscheiden hat; die Frage ist nämlich untrennbar mit derjenigen nach der Vollstreckbarkeit verknüpft, und die Antwort muss deshalb dem gleichen Rechte, demjenigen des Urteilsstaates, entnommen werden. Folglich braucht nicht weiter untersucht zu werden, ob das kantonale Recht als günstigeres innerstaatliches Recht heranzuziehen sei, da das Recht des Urteilsstaates zur Anwendung kommt.

Stellt sich umgekehrt im Ausland bei der Vollstreckung eines schweizerischen Schiedsspruches die Frage, ob nicht lediglich ein Schiedsgutachten vorliege, so gilt es folgende Besonderheiten der schweizerischen Rechtsordnung zu beachten: Der Schiedsgutachtervertrag wird als privatrechtlicher Auftrag qualifiziert, ist mithin dem Bundesrecht zuzuordnen (3). Internationalprivatrechtlich untersteht die Schiedsgutachterklausel nach Wiget (4) dem Recht des Hauptver-

1) Yearbook 1979, 233

2) vgl. hinten § 5

3) Gautschi, OR 394 N 34 c; Wiget in Sträuli/Messmer § 258 N 4

4) in Sträuli/Messmer § 258 N 4

trages. Ob ein Schiedsspruch ergangen ist und folglich ein Schiedsvertrag vorgelegen hat, beurteilt sich jedoch nach kantonalem Recht (1).

III. Die Auslegung des Begriffes "Schiedsspruch"

Unter einem "Schiedsspruch" ist aufgrund der Auslegung des NYÜ nicht nur ein Endurteil im Sinne eines Leistungsurteils zu verstehen, sondern auch ein Feststellungsurteil (2) und somit wohl auch ein Gestaltungsurteil fällt unter den Begriff.

Ebenso kann ein Zwischenurteil darunter subsumiert werden (3), sofern die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen gegeben sind, was nur selten der Fall sein dürfte.

Die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilssurrogaten ist jedoch nicht erfasst vom NYÜ, wenn diese vom Schiedsgericht nicht in die Form eines Urteils gekleidet worden sind (4).

Hier nun aber kann das kantonale Recht als vollstreckungserleichterndes innerstaatliches Recht im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ herangezogen werden, denn in Zürich werden Vergleich, Rückzug und Anerkennung vor dem Schiedsgericht ohne Rücksicht auf die Form der Erledigung, also auch blosser Abschreibungsbeschlüsse, wie Schiedssprüche anerkannt und vollstreckt (5).

Bei Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis hingegen müsste die Vollstreckung eines nicht in Urteilsform gekleideten Vergleichs bei einer Geldschuld verweigert werden; ginge es jedoch um eine anderweitige Leistung, so könnte derselbe Vergleich nach kantonalem Recht anerkannt und vollstreckt werden. Die Verweigerung der Vollstreckung im einen Falle und die damit verbundene stossende Un-

1) Guldener, ZPR 595/96

2) Yearbook 1979, 233

3) Yearbook 1979, 233; a.A. Schwab 423

4) BBl 1964 II 605 ff.

5) Wiget in Sträuli/Messmer N 1 nach § 258

gleichheit je nach Leistungsgegenstand ist abzulehnen, würde doch eine solche vollstreckungsfeindliche Praxis nicht nur, wie vorn gezeigt (1), dem Sinn des Bundesrechtes widersprechen, sondern auch das internationale Ansehen der Schweiz als weltoffener Handelsplatz in ernsthafter Weise gefährden.

D) ZUSAMMENFASSUNG

Anerkannt und vollstreckt werden nur Entscheide in Zivilsachen, wobei das Recht des Vollstreckungsstaates darüber entscheidet, was eine Zivilsache ist. Für die Schweiz wird diese Frage durch das Bundesprivatrecht entschieden.

Nur gerichtliche Entscheidungen werden anerkannt und vollstreckt; bezogen auf die Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet dies, dass nur Schiedssprüche und nicht auch Schiedsgutachten anerkannt werden. Für die Frage der Qualifikation als Schiedsspruch oder Schiedsgutachten ist das Recht des Urteilsstaates massgebend.

Schiedssprüche im Sinne des NYU sind nicht nur Endurteile, sondern auch Zwischenurteile können nach Massgabe dieses Uebereinkommens vollstreckt werden. Urteilssurrogate, die nicht in die Form eines Urteils gekleidet sind, fallen nicht in den Anwendungsbereich des NYU, können aber nach zürcherischem Recht – das im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYU als günstigeres innerstaatliches Recht zur Anwendung gelangt – anerkannt und vollstreckt werden.

1) vorn § 2 A

D) FOLGERUNGEN BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Ob man nun die soeben gefundenen Grundsätze als selbständige formale Kriterien (1) oder als vom ordre public-Vorbehalt ausgegliederte Sach- bzw. Kollisionsnormen bezeichnen will, ist praktisch ohne Belang; so oder so sind sie in allgemeingültiger Weise formuliert und gesetzlich verankert, so dass bei ihrer Anwendung nicht auf die Vorbehaltsklausel zurückgegriffen werden muss.

Daneben tragen diese Prinzipien unmittelbar zur Bildung des Negativkatalogs bei; so kann z.B. einem Zwischenurteil nicht von vornherein unter Berufung auf die ordre public-Klausel die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden.

1) Roth 41

§ 5 DIE VORAUSSETZUNG DER VERBINDLICHKEIT UND VOLLSTRECKBARKEIT DES URTEILS

A) DAS VERHAELTNIS ZWISCHEN VERBINDLICHKEIT UND VOLLSTRECKBARKEIT

Jede gerichtliche wie schiedsgerichtliche Entscheidung zielt auf eine Konfliktbewältigung ab, um den Rechtsfrieden zu garantieren. Dazu ist es notwendig, dass das Urteil ohne Rücksicht auf seine Richtigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt verbindlich wird. Diese Verbindlichkeit wird auch als Rechtskraft bezeichnet (1). Handelt es sich um ein Feststellungsurteil oder um ein Gestaltungsurteil, so hat es dabei sein Bewenden. Beim Leistungsurteil ist aber immer noch eine Erfüllung notwendig; wird diese zwangsweise durchgesetzt, so spricht man von Vollstreckung. International führt dies zur Unterscheidung zwischen Anerkennung im engeren Sinne einerseits und Vollstreckung andererseits (2).

Wie gezeigt, ist auch die Vollstreckung nur eine besondere Form der Anerkennung im weiteren Sinne (3); das will bezogen auf das Verhältnis Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit heissen, dass jedes Urteil der Verbindlichkeit bedarf und die Frage der Vollstreckbarkeit als eine besondere Form der Verbindlichkeit sich bei Leistungsurteilen noch zusätzlich stellt (4). Die Frage der Vollstreckbarkeit ist somit identisch mit der Frage nach der Art des Urteils, genauer mit der Frage, ob ein Leistungsurteil vorliegt, wobei die Beantwortung dieser Frage logischerweise dem Rechte des Urteilsstaates entnommen werden muss (5).

Vorab stellt sich aber die Frage der Verbindlichkeit schlechthin,

1) Guldener, ZPR 361

2) Guldener, IZPR 91/92

3) vorn § 1 B

4) Guldener, IZPR 98 kommt zum gleichen Schluss, wenn er Rechtskraft und Vollstreckbarkeit fordert.

5) Guldener, IZPR 98; Schwab 423

welche im folgenden näher zu erläutern ist; während die Beantwortung der Frage der Vollstreckbarkeit erst daran anschliesst. In aller Regel bietet sie keine besonderen Schwierigkeiten - worauf auch das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im NYÜ hindeutet - und bedarf somit keiner eingehenderen Behandlung.

B) DER BEGRIFF DER VERBINDLICHKEIT IM NYÜ

Nach lit. e von Art. V NYÜ ist der Schiedsspruch auf Antrag der Gegenpartei nicht zu anerkennen und zu vollstrecken, wenn feststeht, dass

"... der Schiedsspruch für die Parteien noch nicht verbindlich geworden ist oder dass er von einer zuständigen Behörde des Landes, in dem oder nach dessen Recht er ergangen ist, aufgehoben oder in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt worden ist."

Es werden hier also drei Gründe angeführt, welche die Anerkennung und Vollstreckung verhindern können, die anschliessend getrennt zu untersuchen sind, nämlich

- die Unverbindlichkeit (I)
- die Aufhebung (II)
- die einstweilige Hemmung der Wirkungen (III)

I. Die Unverbindlichkeit

Ein Schiedsspruch ist dann verbindlich geworden, wenn gegen ihn keine Berufung an ein Oberschiedsgericht bzw. keine ordentlichen Rechtsmittel mehr offen stehen (1), d.h. wenn keine vollumfängliche, insbesondere materielle Prüfung des Entscheides mehr möglich ist (2). Damit sind nur die Rechtsmittel im Urteilsstaate gemeint;

1) Originaltext: "binding"

2) Schlosser I Nr. 655 S. 619 f.; Yearbook 1979, 249; Yearbook 1976, 214

die Verbindlichkeit des Spruches beurteilt sich somit immer nach dem Rechte des Urteilsstaates (1).

Nicht nötig ist die Einholung einer Vollstreckbarerklärung im Urteilsstaat - es genügt, wenn der Entscheid für die Parteien verbindlich geworden ist -, wollte man doch gerade bei der Schaffung des NYU diese unangenehme und zeitraubende Doppelspurigkeit des Exequaturs als Konsequenz des Genfer Abkommens verhindern (2).

Ebenfalls lehnt Sanders das Erfordernis einer Hinterlegung des Schiedsspruches bei einem ordentlichen Gericht ab, selbst wenn dieselbe Voraussetzung bildet für die Vollstreckung im Urteilsstaate, die Entscheidung aber an und für sich unter den Parteien verbindlich geworden ist (3):

In casu handelte es sich um die Verbindlichkeit eines Urteils eines deutschen Schiedsgerichts, wobei Sanders von einer unzutreffenden Interpretation von § 1040 DZPO ausging und meinte, der Schiedsspruch sei eo ipso mit der Ausfällung verbindlich geworden.

Nach herrschender deutscher Ansicht ist aber die Hinterlegung beim Gericht gemäss § 1039 DZPO unabdingbares Formerfordernis dafür, dass überhaupt ein Schiedsspruch vorliegt und verbindlich werden kann (4). Deshalb ist im konkreten Fall der Entscheid des französischen Gerichts doch als richtig anzusehen, welcher den Zeitpunkt der Hinterlegung beim zuständigen Gericht als den Zeitpunkt des Beginns der Verbindlichkeit ansieht (5). Entscheidend - darin stimmt Sanders und die deutsche Lehre überein - ist immer, ob der Schiedsspruch nach dem Recht des Urteilsstaates verbindlich geworden ist (6). Was aber darüber hinaus zur Erlangung des Exequaturs im Urteilsstaat noch notwendig ist, gehört nicht mehr zu den Erfordernissen für die Verbindlichkeit im Sinne des NYU (7).

1) Yearbook 1977, 262

2) Yearbook 1979, 249; Yearbook 1977, 262; BBI 1964 II 605 ff.

3) Yearbook 1977, 262

4) Schwab 152; Schlosser, Aktiengesellschaft 24 (1979) 239

5) Yearbook 1977, 244

6) Schlosser I Nr. 655 S. 622

7) Schlosser, Aktiengesellschaft 24 (1979) 238

II. Die Aufhebung

Bereits aus dem Wortlaut von Art. V lit. e NYÜ ergibt sich eindeutig, dass nur ein Aufhebungsverfahren im Urteilsstaat gemeint sein kann; ein solches Verfahren im Vollstreckungsstaat bzw. in einem Drittstaat ist unzulässig (1).

Bei Staaten - wie z.B. der Schweiz -, die kein Aufhebungsverfahren kennen, die aber innerstaatlich die Vollstreckung eines Schiedsspruches bereits gerichtlich verweigert haben, kann diese Entscheidung einer Aufhebung des Schiedsspruches gleichgestellt werden (2).

III. Die einstweilige Hemmung der Wirkungen

Der dritte Grund, welcher die Anerkennung und Vollstreckung verhindern kann - und die einstweilige Hemmung der Wirkungen des Schiedsspruches -, scheint praktisch keine Anwendung gefunden zu haben, fehlen doch bisher diesbezügliche Entscheide im "Yearbook". Dennoch lässt die Systematik von lit. e des Art. V NYÜ sowie die Auslegung des Ausdrucks "Verbindlichkeit" darauf schliessen, was gemeint sein soll mit diesem Grunde. Sind nämlich keine ordentlichen Rechtsmittel gegen den Schiedsspruch möglich oder sind die Fristen dazu abgelaufen, so ist er verbindlich geworden (3). Die blossе Möglichkeit eines ausserordentlichen Rechtsmittels vermag somit die Verbindlichkeit nicht zu hindern (4). Nun sind in aller Regel ordentliche Rechtsmittel mit Suspensiveffekt ausgestattet, während ausserordentliche Rechtsmittel keinen Aufschub der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit bewirken (5). Jedoch kann ausnahmsweise das zuständige "Kassationsgericht" dennoch die Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit des Spruchs aufschieben, wenn ein ausserordent-

1) Yearbook 1979, 250; Yearbook 1977, 262

2) Yearbook 1976, 216 und 198

3) vgl. vorn Ziff. I

4) Yearbook 1979, 249/50; Yearbook 1976, 216; a.A. Bertheau 95

5) Schlosser Nr. 655 S. 621

liches Rechtsmittel eingelegt worden ist (1). Damit ist nun der Schiedsspruch in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt und kann somit dem NYÜ folgend weder im Urteilsstaate noch im Anerkennungsstaate einstweilen vollstreckt werden (2). Dabei ist der Ausdruck der ausserordentlichen Rechtsmittel wohl in dem Sinne zu verstehen, dass auch Aufhebungsklagen, welche gleichfalls ausnahmsweise mit Suspensiveffekt ausgestattet sein können, darunter zu subsumieren sind (3).

Diese Auslegung führt zu der folgenden Interpretation von Art. VI NYÜ, gemäss welchem der Exequaturrichter die Entscheidung über die Vollstreckung entweder aussetzen oder aber auf Antrag der die Vollstreckung begehrenden Partei eine angemessene Sicherheitsleistung von der Gegenpartei verlangen kann; wenn im Urteilsstaate ein Antrag gestellt worden ist, den Schiedsspruch aufzuheben oder ihn in seinen Wirkungen einstweilen zu hemmen:

Den obigen Darlegungen folgend darf bei einer hängigen Aufhebungsklage bzw. einem andern ausserordentlichen Rechtsmittel mit erteilter aufschiebender Wirkung nach Art. V lit. e NYÜ vorgegangen werden, fehlt hingegen die aufschiebende Wirkung oder ist darüber noch nicht entschieden worden, so kann nach Art. VI NYÜ vorgegangen werden. Ausserordentliche Rechtsmittel und Aufhebungsklagen sind also, da sie ihrer Natur nach den gleichen Zweck verfolgen, bei der Subsumtion unter Art. V bzw. Art. VI NYÜ gleich zu behandeln (4), und es ist dabei einzig und allein auf die Erteilung bzw. Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung abzustellen.

Allerdings empfiehlt sich, insbesondere bei der Anwendung von Art. VI NYÜ, grosse Zurückhaltung, da nicht selten eine Partei eine Nichtigkeitsbeschwerde oder Aufhebungsklage einlegt, um die Vollstreckung zu verzögern. Es ist deshalb Sanders (5) zuzustimmen,

1) vgl. z.B. § 286 ZH ZPO

2) Schlosser I Nr. 659; Schlosser, Aktiengesellschaft 24 (1979) 239

3) Schlosser I Nr. 659 ist wohl auch in dem Sinne zu verstehen, wenn er von "Anfechtungsverfahren" spricht.

4) Schwab 430 spricht auch von Aufhebungsklagen und dergleichen.

5) Yearbook 1979, 252

wenn er den Exequaturrichter dazu auffordert, sich im Sinne eines "prima facie-Entscheidens" davon zu überzeugen, dass sich die Anfechtung auf vertretbare Gründe stützt.

C) ZUR VERBINDLICHKEIT BEI ANWENDUNG DES INNERSTAATLICHEN RECHTS

Auch bei der Nichtanwendung des NYÜ kann sich die Verbindlichkeit eines Schiedsspruchs nur aufgrund des Rechts des Urteilsstaates beurteilen, dem Prinzip folgend, dass ein ausländisches Urteil im Exequaturstaat nicht mehr Wirkungen entfalten kann als im Urteilsstaat (1). Dabei sollten die unter lit. B entwickelten Grundsätze betr. die Aufhebung bzw. einstweilige Hemmung der Wirkungen des Schiedsspruches analog angewandt werden (2).

Somit ergibt sich keine Gegenüberstellung zwischen NYÜ und kantonalem Recht, da nach beiden Normierungen das Recht des Urteilsstaates massgebend ist; die Voraussetzungen der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit sind also innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches des NYÜ identisch.

1) § 302 Abs. 1 ZH ZPO; Wiget in Sträuli/Messmer N 6 b nach § 258; Guldener, IZPR 98, insbes. Anm. im Supplement.

2) vgl. auch Wiget zit. oben Anm. 1

D) ZUSAMMENFASSUNG

Jedes Urteil bedarf, um anerkannt zu werden, der Verbindlichkeit, und die Frage der Vollstreckbarkeit stellt sich als eine besondere Form der Verbindlichkeit noch zusätzlich bei Leistungsurteilen. Die Frage der Vollstreckbarkeit ist identisch mit der Frage, ob ein Leistungsurteil vorliegt, und die diesbezügliche Qualifikation ist dem Recht des Urteilsstaates zu entnehmen.

Verbindlichkeit nun bedeutet, dass gegen den Schiedsspruch im Urteilsstaate keine ordentlichen Rechtsmittel mehr offen stehen; die Verbindlichkeit beurteilt sich somit anhand des Rechts des Urteilsstaates. Dabei genügt es, dass das Urteil nach dem Recht des Urteilsstaates verbindlich geworden ist, was darüber hinaus zur Erlangung des Exequaturs im Urteilsstaat notwendig ist, gehört nicht mehr zu den Erfordernissen für die Verbindlichkeit.

Ist ein Schiedsspruch im Urteilsstaate aufgehoben oder ist seine Vollstreckung dort verweigert worden, so kann er nicht anerkannt und vollstreckt werden.

Ist ein Schiedsspruch im Urteilsstaate in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt - sei es in einem ausserordentlichen Rechtsmittelverfahren oder in einem Aufhebungsverfahren -, so ist er noch nicht zu anerkennen und zu vollstrecken.

Ist im Urteilsstaate ein ausserordentliches Rechtsmittelverfahren oder ein Aufhebungsverfahren anhängig, ohne dass der Spruch in seinen Wirkungen einstweilen gehemmt ist, so kann der Exequaturrichter die Entscheidung über die Vollstreckung aussetzen oder von der Gegenpartei eine angemessene Sicherheitsleistung verlangen. Dem Vollstreckungsrichter steht aber auch die Möglichkeit offen, den Spruch zu anerkennen und zu vollstrecken, insbes. wenn die angeführten Anfechtungsgründe offensichtlich haltlos sind.

E) FOLGERUNGEN BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Genau gleich wie die Grundsätze betreffend die Voraussetzungen der gerichtlichen Entscheidung in Zivilsachen sind auch die Grundsätze betreffend die Voraussetzungen der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit in allgemeingültiger Weise formuliert und gesetzlich verankert, so dass bei ihrer Anwendung nicht auf die Vorbehaltsklausel zurückgegriffen werden muss.

Wiederum spielt es keine Rolle, ob man die gefundenen Kollisionsnormen als selbständige formale Voraussetzungen ansieht oder sie als vom allgemeinen ordre public-Vorbehalt ausgegliedert betrachten will, denn so oder so sind diese Prinzipien von unmittelbarer Bedeutung für die Aufstellung des Negativkatalogs, so darf z.B. nicht über den Umweg der ordre public-Klausel die Beibringung eines Exequaturs des Urteilsstaates zur Vollstreckbarkeitsvoraussetzung gemacht werden.

§ 6 DIE VORAUSSETZUNG DER ZUSTÄNDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTES (= GÜLTIGKEIT DER SCHIEDSVEREINBARUNG)

A) ALLGEMEINES

Die Frage nach der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ist identisch mit derjenigen nach der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, denn ohne gültige Schiedsvereinbarung fehlt dem Schiedsgericht seine Zuständigkeit (1).

Daraus ergibt sich sogleich, dass sich der Schiedsspruch im Rahmen des durch die Schiedsvereinbarung bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses halten muss, weil für ein Urteil über andere Streitpunkte dem Schiedsgericht die Zuständigkeit fehlt (2).

Diese beiden Aspekte der Zuständigkeit spiegeln sich denn auch in lit. a und c von Art. 5 abs. 1 NYÜ wider (3):

"... a) dass die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne des Artikels II geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig wären, oder dass die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist, oder ...

c) dass der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen die Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsabrede oder der Schiedsklausel überschreiten; ...".

Das kantonale Recht beinhaltet zweifelsohne dieselben Grundsätze (4); aber sowohl die Regelung des NYÜ wie auch diejenige des kantonalen Rechts bedarf einer näheren Untersuchung, welche zualler-

1) Guldener, IZPR 110

2) Guldener, IZPR 110

3) Schlosser, Aktiengesellschaft 24 (1979) 239

4) Wiget in Sträuli/Messmer N 6 c nach § 258

erst das anwendbare Recht bei der Prüfung der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu bestimmen hat.

B) ANWENDBARES RECHT

I. Bei Anwendung des NYÜ

1. GRUNDSATZ

Das NYÜ erklärt - dem Grundsatz der Parteiautonomie folgend - primär das Recht für anwendbar, welches die Parteien selbst gewählt haben; fehlt eine solche Disposition der Parteien, ist das Recht des Urteilsstaates - das Recht also, wo der Spruch gefällt wurde - massgebend für die Bestimmung der Gültigkeit (1).

Kann der Sitz des Schiedsgerichts nicht bestimmt werden oder ist er unbekannt, so muss u.U. eine doppelte Anknüpfung - an die Rechte der beiden Parteien - vorgenommen werden (2). Diese Kumulation der Anknüpfung ist m.E. fraglich, da sie vollstreckungsfeindlich ist, das NYÜ aber immer vollstreckungsfreundlich ausgelegt werden sollte (3).

Der Grundsatz erleidet aber sofort nach zwei Richtungen hin Ausnahmen, nämlich einerseits was die Form anbetrifft und andererseits was die persönliche Befähigung zum Abschluss der Schiedsvereinbarung angeht.

2. FORM

Bezüglich der Form stellt das NYÜ in Art. II - auf welchen in Art. V lit. a ausdrücklich verwiesen wird - eine einheitliche internatio-

1) Sanders, Yearbook 1979, 247

2) Sanders, Yearbook 1977, 261 und 239

3) Sanders, Yearbook 1976, 215

nale Sachnorm auf (1). Danach bedarf es zur Gültigkeit einer "schriftlichen Vereinbarung", wobei Abs. 2 von Art. II zusätzlich noch genau definiert, was darunter zu verstehen sei: nämlich entweder dass die Parteien den Hauptvertrag, in dem eine Schiedsklausel enthalten ist, oder die separate Schiedsabrede unterzeichnet haben; oder dieselbe in Briefen oder in Telegrammen, welche die Parteien gewechselt haben, enthalten ist.

Mit dieser einheitlichen Sachnorm wird zum einen den Parteien die Dispositionsbefugnis über die Form entzogen (2), und zum andern ist es den Mitgliedstaaten des Übereinkommens verboten, weitergehende Formerfordernisse - z.B. eine öffentliche Beurkundung - zu verlangen (3).

3. PERSÖNLICHE BEFÄHIGUNG

Was nun die persönliche Befähigung zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung angeht, knüpft das NYU in Art. V lit. a an das Recht an, welches für die betr. Partei persönlich massgebend ist, d.h. das jeweilige Personalstatut entscheidet über die Frage der Handlungsfähigkeit (4) bzw. einer Beschränkung derselben, wie z.B. beim Gemeinschuldner im Konkurs (5).

Ob nun aber unter dem Personalstatut das Heimatrecht oder das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt zu verstehen sei, lässt sich nicht eindeutig feststellen. Sicher ist historisch gesehen die Anknüpfung an das Heimatrecht darunter zu verstehen (6).

Der allgemeinen Tendenz im Internationalen Privatrecht folgend wird aber die Handlungsfähigkeit im Vorentwurf der Expertenkommission zum Schweiz. IPR-Gesetz an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft, weil dieses Recht der "normalen Umwelt" einer Person

1) Sanders, Yearbook 1979, 247

2) Sanders, Yearbook 1979, 247

3) Bertheau 30/31

4) BBl 1964 II 605 ff.

5) Schwab 417

6) Bertheau 73

für jedermann leicht feststellbar ist, was beim Heimatrecht gerade nicht zutrifft (1). Bei einer zeitgenössischen Interpretation des NYÜ fragt es sich deshalb, ob nicht in Zukunft auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt werden soll.

Die Schwierigkeit bei der Lösung dieser Frage ist eine doppelte und besteht darin, dass das NYÜ einerseits nichts Näheres sagt, was unter dem Recht, das für die betr. Partei persönlich massgebend ist, zu verstehen sei; noch enthält es andererseits eine Aussage darüber, welchem Rechte man allenfalls die Klärung des Begriffs entnehmen sollte. Das Uebereinkommen bestimmt hier eben nicht einmal eindeutig das anwendbare Kollisionsrecht, geschweige denn das materiell anwendbare Recht.

Postuliert man eine Anknüpfung an das IPR des jeweiligen Exequaturstaats, so ist das zwar sehr praktisch, da der Richter die Lösung sofort zur Hand hat und er beim Fehlen einer staatsvertraglichen Regelung die Antwort auch dem Kollisionsrecht der *lex fori* entnehmen würde (2); ansonsten lassen sich aber keine weiteren Gründe hiefür finden. Höchstens hilft noch das Argument weiter, dass eine kumulative Anknüpfung an das Recht des Heimatstaates und an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt als vollstreckungsfeindlich abzulehnen ist, bildet doch "the inforcement facilitating thrust of the convention" einen Grundpfeiler bei deren Auslegung (3).

II. Bei Anwendung des kantonalen Rechts

1. GRUNDSATZ

Das kantonale Recht geht vom Prinzip aus, dass das Recht des Urteilsstaates über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheidet (4). Ob unter der Herrschaft des kantonalen Rechts eine Rechts-

1) Schlussbericht 88/89

2) Guldener IZPR 11/12

3) Sanders, Yearbook 1976, 215

4) Guldener, IZPR 111

wahl zulässig sei, ist bisher noch nicht entschieden worden. Dem Grundsatz der Parteiautonomie im IPR folgend ist m.E. auch im Schiedsvertrag - wiewohl er in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung dem Prozessrechte zugerechnet wird - eine Disposition über das anzuwendende Verfahrensrecht möglich. Dadurch wird zudem eine wünschenswerte Übereinstimmung von kantonalem Recht und NYÜ erreicht, welches vom Grundsatz der Parteiautonomie ausgeht (1).

2. FORM

Das Zürcher Recht kennt keine einheitliche Sachnorm, welche die Formvoraussetzungen umschreiben würde, vielmehr stellt das kantonale Recht auch diesbezüglich auf das von den Parteien gewählte Recht oder auf das Recht des Urteilsstaates ab, bzw. es lässt im Sinne eines *favor negotii* auch eine Anknüpfung an das Recht des Abschlussortes zu (2). Dies hat zur Folge, dass je nach dem anwendbaren Recht blosse Mündlichkeit (3) oder eine vorbehaltlose Einlassung vor dem Schiedsgericht (4) ausreichend sein kann für die Erfüllung der formalen Gültigkeitsvoraussetzungen.

In Anbetracht der "Meistbegünstigungsklausel" von Art. VII Abs. 1 NYÜ steht es nun jeder Partei offen, sich auf das günstigere nationale - bzw. in der Schweiz kantonale - Recht zu berufen und so bei fehlender Schriftlichkeit der Schiedsvereinbarung die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches dennoch zu erreichen (5).

1) vgl. Art. V Abs. 1 lit. a und d

2) Guldener, IZPR 111 und dort zit. BGE 57 I 303

3) so z.B. DZPO § 1027 Abs. 2

4) so z.B. ZH ZPO § 240

5) v. Hülse 52

3. PERSOENLICHE BEFAEHIGUNG

Was nun die Befähigung zum Abschluss der Schiedsvereinbarung angeht, so untersteht dieselbe gleichfalls im Anwendungsbereich des kantonalen Rechts dem Personalstatut, d.h. de lege lata dem Heimatrecht, de lege ferenda aber dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt (1). Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass auch die Verkehrsschutzregel von Art. 7 b NAG zur Anwendung gelangt (2).

C) DIE GÜLTIGKEITSVORAUSSETZUNGEN IM EINZELNEN

1. Zustandekommen und Gültigkeit im engeren Sinne

Innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches des NYÜ beurteilt sich das Zustandekommen und die Gültigkeit im engeren Sinne, d.h. die Frage, welches die essentialia des Vertrages sind, über welche ein Konsens zustandekommen muss; sowie die Frage, welche Gründe zur Ungültigkeit – Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit – oder zur Anfechtbarkeit – Täuschung, Drohung, Irrtum – führen, nach dem Recht, das die Parteien gewählt haben, bzw. nach dem Recht des Urteilsstaates (3).

1) Schlussbericht 88/89

2) Stauffer, NAG 7 b N 3

3) v. Hülse 96; Guldener, IZPR 111

II. Schiedsfähigkeit

1. IM ANWENDUNGSBEREICH DES NYU

Gemäss Art. V Abs. 1 lit. a hat der Vollstreckungsrichter die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach dem Recht, das die Parteien gewählt haben, oder, mangels einer solchen Bestimmung, nach dem Rechte des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, zu beurteilen.

Fouchard (1) und v. Hülssen (2) folgend gehört dazu auch die Schiedsfähigkeit, selbst wenn dies zu einer unangenehmen Doppelanknüpfung führen kann, da gemäss Art. V Abs. 2 lit. a die mangelnde Schiedsfähigkeit nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates ebenfalls zur Verweigerung der Anerkennung führen kann.

2. IM ANWENDUNGSBEREICH DES KANTONALEN RECHTS

Nach Guldener (3) ist die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes des Vollstreckungsstaates zu beurteilen; allerdings relativiert er diese Aussage, indem er feststellt, dass wenn das beurteilende Rechtsverhältnis materiell nicht vom Inlandsrecht beherrscht ist, es im Sinne des Inlandsrechts liegen kann, in diesem Falle auf das materiell anwendbare Recht abzustellen (4).

Die Frage, ob sich diese Ersatzanknüpfung auch wirklich eignet, ist hinten im Zusammenhang mit der Schiedsfähigkeit (5) noch aufzugreifen. Positiv ist der Ansatz in Guldeners Gedankengang, unter allen Umständen eine Doppelanknüpfung zu vermeiden und nur das Recht mit dem engsten Zusammenhang zum Sachverhalt entscheiden zu lassen.

1) no. 197

2) 138

3) 111 Anm. 91

4) 112 Anm. 97

5) hinten § 9 C

D) BESONDERE PROBLEME

I. Staatliche Immunität

1. DIE IMMUNITÄT AN SICH

Theoretisch könnte nach der Ansicht von Sanders (1) unter dem Titel der fehlenden persönlichen Befähigung im Sinne von lit. a von Art. V Abs. 1 NYÜ auch die Einrede der staatlichen Immunität erhoben werden. Regelmässig bedeutet aber die Eingehung einer Schiedsvereinbarung sowie die Unterstellung unter ein fremdes Recht - in casu unterwarf sich Nigeria dem schweizerischen Recht und der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer (2) - ein Verzicht auf die staatliche Immunität; somit kann also diese Einrede nicht durchdringen.

2. DIE SCHIEDSFAHIGKEIT NACH DEM RECHTE DES BETREFFENDEN STAATES

In die gleiche Richtung tendiert auch der Grundsatz, dass der ausländische Staat, der sich einem Schiedsgericht unterworfen hat, nicht unter Berufung auf die eigene Rechtsordnung die Schiedsfähigkeit der Streitsache in Frage stellen darf.

Diese von der Schweiz im Losinger-Fall (3) vertretene Ansicht ist heute als Grundsatz von mehreren internationalen Schiedsgerichten bestätigt worden (4) und hat im Washingtoner Uebereinkommen vom 18.3.1965 über die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten seinen Niederschlag gefunden. Sie ist auch in den Entwurf der Expertenkommission zum IPR-Gesetz (Art. 172 Abs. 2) aufgenommen worden (5).

1) Yearbook 1979, 247

2) Yearbook 1979, 337 f.

3) CPJ-I Série A/B 66-70, 1936/37 S. 15 ff.

4) Lalive, ZSR 97 (1978) I, 534 und dort zit. Entscheide

5) Schlussbericht 296

II. Rechtsnachfolge und Pflichtennachfolge

1. DER AUSGANGSPUNKT

Der Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen "Société des grands travaux de Marseille contre République populaire du Bangladesh, Bangladesh Industrial Development Corporation et Genève, Cour de justice" (1) hat als Kernfrage zum Gegenstand, ob auch der Rechtsnachfolger einer Partei an die Schiedsvereinbarung gebunden sei.

Dass es sich dabei um ein schiedsgerichtliches Verfahren in der Schweiz und nicht um die Frage der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruchs handelt, ist für die Frage der Gültigkeit und Verbindlichkeit der Schiedsvereinbarung ohne Bedeutung, da die kollisionsrechtliche Behandlung dieselbe ist; beide Male ist grundsätzlich von der Massgeblichkeit des Rechts des Urteilsstaates auszugehen, und zudem hat auch der Vollstreckungsrichter die Subsumtion unter die entsprechende Rechtsordnung selbständig vorzunehmen (2).

Vorweg eine grob vereinfachte Darstellung des Sachverhaltes: Durch einen Vertrag hat die "East Pakistan industrial development corporation" (EPIDC) die "Société des grands travaux de Marseille" (SGTM) mit der Erstellung eines grossen Gasleitungssystems beauftragt. Dem Kontrakt war eine Schiedsklausel angefügt worden, nach welcher sämtliche Streitigkeiten aus dem Vertrag der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer in Genf zu unterbreiten waren.

In der Folge entstand ein Streit bezüglich einer Forderung – zweifelsohne aus dem genannten Vertrag – der SGTM gegenüber der EPIDC in der Höhe von etwas mehr als 12 Mio. ffrrs. Darauf bezeichneten die Parteien einen einzigen Schiedsrichter, welcher in London Wohnsitz hatte, und man einigte sich in der schiedsrichterlichen Vereinbarung, dass der Sitz des Schiedsgerichtes sich in Genf be-

1) BGE 102 Ia 574 ff.

2) vgl. BGE 93 I 54 E 3a

finde und dass das Zivilprozessrecht des Kantons Genf anzuwenden sei. Diese Vereinbarung war am 7.5.1972 unterzeichnet worden.

Zwei Tage später, am 9.5.1972, gründete der Präsident der Republik Bangladesh - in der Zwischenzeit hatte sich der östliche Teil von Pakistan von der Republik Pakistan losgelöst und unter dem Namen Bangladesh eine eigene Republik gegründet, deren Unabhängigkeit am 26. März 1971 deklariert und am 10. April 1971 proklamiert worden war - eine neue Gesellschaft, die "Bangladesh industrial development corporation" (BIDC) mit dem Zweck der Uebernahme der Aktiven der EPIDC. Der Regierungsakt bestätigte zwar ausdrücklich, dass auch die Passiven auf die BIDC übergegangen seien, doch erklärte er sämtliche schiedsgerichtlichen Prozesse, an denen die EPIDC beteiligt gewesen war, als hinfällig und ungültig geworden und eine Entscheidung in einem solchen Prozess als ohne jegliche Wirkung. Darüber hinaus betrachtete der Akt sämtliche Schiedsklauseln ebenfalls als ohne jegliche juristische Wirkung, ausser wenn die Streitigkeiten durch einen Vergleich mit der BIDC bereinigt werden könnten. In einem weiteren Regierungsakt vom 4. Juli 1972 wurde nochmals betont, dass die EPIDC mit dem Inkrafttreten der BIDC aufgelöst worden sei.

Ein nächster Akt der Regierung vom 15. November 1972 löste nun auch die BIDC auf und zog die Aktiven der Gesellschaft an den Staat Bangladesh. Was die Passiven anging, ermächtigte der Akt den Staat, allfällige Forderungen zu prüfen und nach seinem Belieben und Gutdünken allenfalls eine Abfindungssumme zu bezahlen. Zudem hatte die Regierung noch wenige Tage zuvor durch einen andern Akt bestimmt, dass jegliche Verpflichtungen aus jedwelchem Vertrag der EPIDC nicht auf die BIDC übergegangen oder von ihr übernommen worden seien, wenn diese Verpflichtungen Gegenstand eines Streites gewesen waren.

Aus der Fülle der Dekrete der Regierung von Bangladesh gehen zwei Dinge deutlich hervor: Einerseits bezweckten die Akte den Uebergang der Aktiven der EPIDC auf die BIDC und letztlich auf den Staat Bangladesh selbst, und andererseits zielten sie darauf ab,

sich den Forderungen der SGTm zu entziehen, damit beginnend, dass die Erlasse versuchten, die BIDC und die Republik Bangladesh der Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer zu entziehen. Dies wird besonders deutlich, wenn man in Erwägung zieht, dass ausser der SGTm gar niemand anders betroffen werden konnte durch die Regierungsakte, da alles darauf hindeutet, dass bereits die EPIDC - damals noch als staatliche pakistanische Gesellschaft - einzig zu dem Zwecke gegründet worden war, um mit der SGTm zu kontrahieren und so den Bau des Gasleitungssystems zu ermöglichen, jedenfalls war die SGTm die einzige Gläubigerin der EPIDC (1).

Dieser diskriminierende Charakter der Dekrete wird denn auch vom Bundesgericht vollumfänglich erkannt (2); unfassbar ist aber, dass es daraus keine Konsequenzen zieht (3)!

2. DIE BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

a) Das anwendbare Verfahrensrecht

Wie eingangs erwähnt wurde und aus dem Sachverhalt hervorgeht, stellt sich in der Hauptsache die Frage, ob der Rechtsnachfolger einer Partei - in casu zuerst die BIDC und nachher die Republik Bangladesh - auch an die Schiedsklausel gebunden sei.

Zuerst kann festgehalten werden, dass sich aufgrund der Schiedsklausel und der sie bestätigenden "schiedsrichterlichen Vereinbarung" der Sitz des Schiedsgerichts in Genf befindet und Genfer Prozessrecht zur Anwendung gelangt, womit in bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit das Konkordat massgeblich ist, wovon auch das Bundesgericht ausgeht (4).

1) Lalive, ZSR 97 (1978) I 531/32

2) BGE 102 Ia 582

3) Lalive, ZSR 97 (1978) I 544/45 und 549

4) BGE 102 Ia 576/77

b) Die Qualifikation der Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge

Ebenfalls zuzustimmen ist dem Bundesgericht, wenn es den ganzen Fragenkomplex als der Zuständigkeit angehörend ansieht (1), denn, wie vorn gezeigt (2), hängt die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts von der Gültigkeit und Verbindlichkeit der betreffenden Schiedsvereinbarung ab. Es ist nämlich festzuhalten, dass nach herrschender Lehre (3) und Praxis (4) in der Schweiz die Schiedsklausel einen selbständigen Vertrag darstellt, der vom Prozessrecht beherrscht wird. Dabei stellt die Frage der Rechtsnachfolge bzw. des Uebergangs der Schiedsabrede eine notwendige Vorfrage dar, welche m.E. auch dem Prozessrecht zuzuordnen ist (5). Denn wie Guldener (6) zu Recht bemerkt, sind die Regeln betr. Zession und Schuldübernahme nicht direkt anwendbar, weil die Schiedsklausel auch dann zu beachten ist, wenn die zu beurteilende Forderung nicht oder nicht mehr besteht. Oder anders gesagt, man kann bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen nicht eine materiellrechtliche Frage abhandeln und dann gestützt darauf die Prozessvoraussetzungen als gegeben oder nicht gegeben betrachten. Dass die zu beurteilenden Voraussetzungen dabei identisch sein können, zeigt sich z.B. auch bei der Prozessfähigkeit, die unter denselben Voraussetzungen als gegeben anzusehen ist wie die Handlungsfähigkeit; daraus aber den Schluss zu ziehen, die Prozessfähigkeit sei eine Frage des materiellen Rechts, eine "question de fond", wäre falsch. Dies gerade scheint Lalive (7) zu tun, wenn er die hier zu behandelnde Frage nicht als eine Frage des Prozessrechts qualifizieren will. In diesem Punkte vermag also die Kritik von Lalive nicht zu überzeugen,

1) BGE 102 Ia 578/79

2) vorn lit. A

3) Guldener ZPR 601 und 263 f.

4) Bundesgerichtliche Praxis seit 41 II 537; vgl. neuestens BGE 103 II 79 E 4, welcher implicite davon ausgeht, dass der Schiedsvertrag dem Prozessrecht untersteht.

5) BGE 103 II 79 lässt die Frage zwar offen, der Tenor des Entscheides geht aber in dieser Richtung.

6) ZPR 264 Anm. 27

7) Lalive ZSR 97 (1978) I 534/35

sondern es ist den Erwägungen des Bundesgerichts zu folgen (1).

- c) Das anwendbare Recht bei der Bestimmung der Zuständigkeit und der Rechts- und Pflichtennachfolge

Wie vorn gezeigt (2), beurteilt sich im internationalen Verhältnis die Gültigkeit der Schiedsabrede nach dem Recht, welches die Parteien gewählt haben oder wo das Schiedsgericht seinen Sitz hat, in casu also sicherlich nach schweizerischem Recht, nach dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit.

Wenn das Bundesgericht davon ausgeht, dass sämtliche Fragen betreffen den Status einer juristischen Person sich nach dem Recht an ihrem Sitze und nach demjenigen Recht, welchem sie ihre Persönlichkeit verdankt, richten; dann geht es nicht nur einfach darüber hinweg, dass diese beiden Rechte auseinanderfallen können, sondern es geht von einer ungenauen Fragestellung aus, es fehlt - wie Lalive zu Recht kritisiert, wobei er Vischer zitiert - eine sorgfältige kollisionsrechtliche Analyse (3).

Vorweg ist nämlich zu fragen, ob die Rechtsnachfolge eine wirkliche Vorfrage im Sinne des IPR darstellt (4), d.h. ob diese Vorfrage ein selbständiges Rechtsverhältnis betrifft und ob sie die Hauptfrage in der Weise bedingt, dass sich diese je nach Beantwortung jener überhaupt nicht mehr stellt; denn nur gerade dann rechtfertigt sich eine gesonderte Anknüpfung im Kollisionsrecht (5), nur dann kann ein anderes Recht als das kantonalschweizerische Recht zur Anwendung kommen.

Die Voraussetzung, dass die hier zur Diskussion stehende Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge die Hauptfrage der Gültigkeit der Schiedsabrede in der Weise bedingt, dass sich je nach Beant-

1) BGE 102 Ia 578/79

2) vorn B I und II

3) Lalive ZSR 97 (1978) I 541 und 550

4) Niederer 215

5) Niederer 215 und 211

wortung der Vorfrage die Hauptfrage nicht mehr stellt, kann zweifelsfrei bejaht werden.

Ob aber die zweite Voraussetzung erfüllt ist, ob ein selbständiges Rechtsverhältnis vorliegt, scheint fraglich, geht es doch um ein gesamthaft zu betrachtendes Dreiecksverhältnis zwischen Gläubiger (SGTM), Schuldner (EPIDC) und Uebernehmer (BIDC bzw. Bangladesh).

Richtig ist sicher, dass die Entstehung und somit die Frage der Handlungs- bzw. Prozessfähigkeit der juristischen Person eine Vorfrage im Sinne des IPR bildet und getrennt anzuknüpfen ist (1); dies gilt wie gezeigt auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des NYU (2). Dass nun sowohl die BIDC wie auch die Republik Bangladesh, seien sie nun als juristische Personen des privaten- oder des öffentlichen Rechts anzusehen, handlungs- und prozessfähig sind nach ihrem Inkorporationsrechte, steht ausser Streit.

Selbst wenn man nun einmal davon ausgeht, dass es sich auch bei der Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge um eine echte Vorfrage handelt, so ist damit noch keineswegs gesagt, dass sich die Rechts- und Pflichtennachfolge bezüglich der Schiedsvereinbarung nach demselben Recht beurteilt, das auf die Statusfrage juristischer Personen anwendbar ist. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil es sich in casu nicht um eine gesamthafte Fusion oder Geschäftsübernahme handelt - welche u.U. der Inkorporationstheorie folgend anzuknüpfen wäre -, sondern vielmehr nur gerade um die eine Schuld gegenüber der SGTM (3), und vorweg, was die Zuständigkeit des Schiedsgerichts anbetrifft, um die eine Schiedsklausel.

Es fragt sich also, ob die Verpflichtung sich vor dem Schiedsgericht einzulassen, auf die BIDC und dann auf die Republik Bangladesh übergegangen ist. Was nun die Schuldübernahme anbetrifft, unterscheidet das schweizerische IPR - das man hier analog als "genferisches" IZPR anwenden kann - zwischen Schuldübergang ex lege

1) Niederer 215

2) vorn B I 3 und II 3

3) Lalive ZSR 97 (1978) I 531/32

und ex contractu. Bei dem Schuldübergang ex lege, wenn also eine allgemeine Norm einer bestimmten Rechtsordnung den Vorgang des Schuldnerwechsels beherrscht, die causa setzt, ist dieses Recht für die Frage massgebend, ob die Schuld übergegangen sei (1). Auf den vorliegenden Fall bezogen würde das heissen, es sei das Recht der Republik Bangladesh anzuwenden.

Wie gezeigt (2), kann man hier aber nicht mit gutem Gewissen (3) sagen, es handle sich um eine allgemeine Norm des Bangladesh'schen Rechts, sondern es handle sich eben um eine auf den Einzelfall abzielende Regelung. Deshalb ist es m.E. durchaus berechtigt, der Regelung bei der Schuldübernahme ex contractu - oder anders gesagt bei der Schuldübernahme aufgrund einer Regelung im Einzelfall, denn ein Vertrag stellt letzten Endes nichts anderes dar - folgend das Recht, welches den Grundvertrag selbst beherrscht, auch auf die Frage des Schuldübergangs anzuwenden, da zu diesem Recht der engste Zusammenhang besteht (4).

In casu wird der Grundvertrag - die Schiedsklausel - vom Sitzrecht beherrscht. Desweiteren ist die Beziehung zum genferischen bzw. schweizerischen Recht besonders eng, weil bereits ein funktioneller Zusammenhang (5) mit einem anderen Recht als demjenigen am Wohnsitz bzw. Sitz des alten Schuldners besteht, da bewusst in einem neutralen Land der Sitz für das Schiedsgericht genommen wurde. Wie zum Sitz der Emissionsbank bei einer Anleihensschuld (6) besteht auch hier bei der Schiedsabrede zum Sitz des Schiedsgerichts die engste Verknüpfung und es rechtfertigt sich, den Uebergang der Verpflichtung aus der Schiedsabrede dem Sitzrecht zu unterstellen. Darüber hinaus gilt es festzuhalten, dass durch den Schuldnerwechsel der Gläubiger keineswegs eine veränderte rechtliche Behandlung zu erfahren wünscht und sich der neue Schuldner bewusst

1) Schnitzer 662

2) vorn Ziff. 1

3) juristischem, versteht sich!

4) Schlussbericht 256; Schnitzer II 661

5) Schnitzer II 661; Lalive ZSR 97 (1978) I 541

6) Schnitzer II 661

sein sollte, dass er in "einen sozusagen festen Tatbestand" eintritt (1). Alle diese Ueberlegungen führen dazu, dass der engste Zusammenhang zur Beurteilung der Frage des Schuldübergangs zu dem genferischen Recht besteht.

Wenn die BIDC anstelle der EPIDC tritt und anschliessend die Republik Bangladesh an die Stelle der BIDC, so liegt nach unserem Recht in Anbetracht der singulären Verhältnisse (2) wohl kaum eine Geschäftsübernahme (3) oder Fusion (4) vor, sondern eher ein Forderungs- und Schuldübergang im Sinne von Art. 164 ff. OR (5). Dass aber in einem wie im andern Fall nicht nur die materiellrechtlichen Aktiven und Passiven übergehen, sondern auch die "prozessrechtlichen Aktiven und Passiven", steht ausser Zweifel (6); und wird z.B. in Art. 748 Ziff. 4 OR (7) ausdrücklich hervorgehoben, welcher bestimmt, dass der bisherige Gerichtsstand bestehen bleibt. Dies gilt m.E. auch für die Schiedsvereinbarung, handelt es sich doch um eine Schutzbestimmung zugunsten der Gläubiger (8). Oder, um es mit Lalive zu sagen (9), sollte auch hier die Idee der "perpetuatio fori" verwirklicht werden sowohl zum Schutze der Gegenpartei wie auch zur Erreichung des Ziels des Prozesses, der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, wo immer möglich auf raschestem und ökonomischstem Wege.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass man bei einer genaueren kollisionsrechtlichen Analyse durchaus die Ansicht vertreten kann, die Rechts- und Pflichtennachfolge bzw. der Schuldübergang bezüglich der Schiedsklausel unterstehe dem schweizerischen - recte genferischen - Recht. Damit wäre selbstverständlich sowohl die BIDC als auch die Republik Bangladesh an die Klausel gebun-

1) Schnitzer II 661

2) vorn Ziff. 1

3) im Sinne von subsidiärem kantonalem Recht: OR 181

4) im Sinne vom subsidiärem kantonalem Recht: OR 748

5) Lalive ZSR 97 (1978) I 535 spricht von "mort juridique".

6) Lalive ZSR 97 (1978) I 535

7) hier als subsidiäres kantonales Recht zu verstehen.

8) Bürgi OR 748 N 109

9) ZSR 97 (1978) I 535

den. Zudem wurde bereits vorn gezeigt (1), dass sich die Republik Bangladesh nicht auf ihre staatliche Immunität berufen kann.

Diese Lösung hat den Vorteil, dass man sich gar nicht auf den ordre public zu berufen braucht, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu bejahen, weil von Anfang an das schweizerische Recht zum Zuge kommt. Verwirft man aber diese Theorie, so gilt es die enge Verknüpfung mit dem schweizerischen Sitz nicht zu vergessen, wenn man im Rahmen der ordre public-Prüfung nach der Binnenbeziehung fragt.

3. DIE BERUFUNG AUF DEN ORDRE PUBLIC

a) Der Gesichtswinkel der Ueberprüfung

Wenn man nun also, aus was für Gründen auch immer, das Recht der Republik Bangladesh zur Anwendung bringt und damit zum Schluss gelangt, dass weder die BIDC noch die Republik Bangladesh an die Schiedsklausel gebunden sei, so stellt sich unweigerlich die Frage des ordre public. Dabei ist die Frage unter dem gleichen Gesichtswinkel wie im IPR zu überprüfen, da es sich in casu um eine Frage der direkten Gesetzesanwendung handelt, wovon auch das Bundesgericht ausgeht (2). Dies trifft übrigens nicht nur hier zu, sondern auch der Vollstreckungsrichter, der bei der Zuständigkeitsprüfung die Subsumption unter das fremde Recht selbständig vornehmen muss, hat den ordre public-Vorbehalt in diesem Sinne zu handhaben und nicht nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Ueberprüfung eines Urteils bei der Anerkennung und Vollstreckung (3).

1) vorn I 1

2) BGE 102 Ia 581 E 7 d

3) vgl. BGE 93 I 54 E 3 a und b, wo die Zurückhaltung darauf gründet, dass im Urteilsstaate Rechtsmittel ergriffen worden sind.

b) Die Binnenbeziehung zur Schweiz

Was nun die Voraussetzung einer Binnenbeziehung zur Anwendbarkeit des *ordre public*-Vorbehalts anbetrifft, lässt das Bundesgericht die Frage zu Unrecht unbeantwortet (1), denn gerade von der Stärke bzw. Schwäche der Binnenbeziehung hängt das Mass der Erträglichkeit eines stossenden Ergebnisses bei der Anwendung fremden Rechts ab (2).

Lalive folgend (3) und an die Erwägungen zur Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts anknüpfend (4), ist festzuhalten, dass eine enge Binnenbeziehung zur Schweiz besteht: Erstens ist die Stipulierung einer Schiedsklausel mit Sitz in einem neutralen Land bekanntlich eine grundlegende Garantie- und Schutzbestimmung für die Vertragspartei, die mit einem staatlichen Unternehmen kontrahiert (5).

Zweitens wäre, wie gezeigt (6), auch die Anwendung des schweizerischen Rechts auf die Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge bezüglich der Schiedsvereinbarung durchaus gerechtfertigt, da eine enge funktionelle Verknüpfung zum Sitz des Schiedsgerichts in Genf besteht; diese Ueberlegung muss sozusagen "in maiore minus" zur Annahme einer engen Binnenbeziehung führen. Drittens spielt in casu auch das zeitliche Moment, wie Lalive (7) hervorhebt, eine nicht zu unterschätzende Rolle.

Es kann also im folgenden nicht davon ausgegangen werden, es bestünde nur eine schwache oder gar keine Binnenbeziehung zur Schweiz, sondern diese ist vielmehr besonders stark und eng, womit es in concreto nicht eines völlig aussergewöhnlich stossenden Ergebnisses bedarf, damit der Vorbehalt des *ordre public* durchzugreifen vermag (8).

1) BGE 102 Ia 581 E 7c

2) Keller/Siehr, Einführung in die Eigenart des IPR, 13; vorn 1. Teil: § 2 B II 3

3) ZSR 97 (1978) I 543/44

4) vorn Ziff. 2 c)

5) Lalive ZSR 97 (1978) I 543

6) vorn Ziff. 2 c)

7) Lalive ZSR 97 (1978) I 544

8) Keller/Siehr, Einführung in die Eigenart des IPR, 13

c) Die Unvereinbarkeit mit der schweizerischen Rechtsordnung

Obwohl das Bundesgericht die Frage der Binnenbeziehung offen lässt, geht es dennoch auf die *ordre public*-Prüfung ein, allerdings das negative Ergebnis bereits vorwegnehmend (1).

Erstaunlich sind denn auch die Gedankengänge des obersten Gerichtes (2): Zuerst bezeichnet es die Anwendung einer Norm eines fremden Rechts als gegen den *ordre public* verstossend, wenn diese dem Prinzip der Vertragstreue ("pacta sunt servanda") oder dem Prinzip von Treu und Glauben widerspricht. Auch bestätigt es, dass der schweizerische *ordre public* zur Anwendung gelangt bei spoliativen Massnahmen. Ja, es geht sogar noch weiter und erklärt, dass Massnahmen eines Staates, womit er nur die Aktiven einer Gesellschaft an sich zieht und die Passiven derselben nicht übernehmen will, mit dem *ordre public* unvereinbar sind.

Diese Aussage schränkt es jedoch unmittelbar danach wieder ein, indem es sagt, dass der Heimfall an den Staat von Gütern, die in dem fremden Staat gelegen sind, zu anerkennen sei, wenn nicht im Einzelfall die Anordnung des Heimfalls gegen fundamentale Prinzipien des Rechts verstösst; was insbesondere dann der Fall sei, wenn die Anordnung einen diskriminierenden Charakter aufweist.

Im folgenden bestätigt das Bundesgericht den diskriminierenden Charakter der Anordnungen der Republik Bangladesh ausdrücklich und bemerkt, dass der *ordre public* durchgreifen würde, wenn es sich um die direkte Anwendung der Massnahmen in einem schweizerischen Schiedsspruch gegenüber einem schweizerischen Gläubiger handeln würde. Nun kommt aber das Unglaublichste (3) des Entscheidendes, das Bundesgericht verneint die Anwendbarkeit der Klausel im vorliegenden Falle und stützt sich dabei auf eine mehr als nur fragwürdige Argumentation (4):

1) BGE 102 Ia 581 ff.

2) BGE 102 Ia 581 ff.

3) Lalive ZSR 97 (1978) I 544

4) BGE 102 Ia 582

Erstens geht es nämlich von der Antwort aus, wenn sich das oberste Gericht fragt, ob die Republik Bangladesh sich der Schiedsklausel unterwerfen müsse; richtig gesehen, muss nämlich gefragt werden, ob sich die Republik von dieser Verpflichtung lösen könne (1).

Zweitens scheint es von einer falschen Auslegung von Art. 17 Abs. 3 der BZPO – die in casu analog anzuwenden ist – auszugehen, wenn es sagt, dass keine Gesamtnachfolge oder besondere gesetzliche Bestimmung vorliege, welche einen Parteiwechsel im Sinne dieses Artikels nach sich ziehen würde (2). Die Bestimmung sagt jedoch genau das Gegenteil, nämlich dass eine Rechtsnachfolge aufgrund einer Gesamtnachfolge sowie kraft gesetzlicher Bestimmung nicht als Parteiwechsel gilt (3).

Drittens will es das Bundesgericht nicht wahrhaben, dass diese diskriminierenden Regeln direkt in der Schweiz zur Anwendung kommen und nichts anderes bezwecken, als einen Schiedsspruch eines schweizerischen Schiedsgerichts zu untergraben (4).

Lässt man nun diese schwachen – um nicht zu sagen falschen – Argumente einmal beiseite, so bleibt die bittere Erkenntnis, dass das Bundesgericht nur deshalb die ordre public-Klausel nicht angewandt hatte, weil es sich um einen ausländischen und nicht um einen inländischen Gläubiger handelte. Ein Ergebnis, das insbesondere in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unhaltbar ist und, wie Lalive sagt, einer Rechtsverweigerung gleichkommt (5).

Besten Beweis dafür, dass es dem obersten Gericht selber nicht wohl ist bei seiner Entscheidung, bildet die vorletzte Erwägung des Entscheides (6), wo es ausdrücklich festhält, dass die Verneinung der Kompetenz des Schiedsrichters – und damit die Verweigerung der Anwendung des ordre public-Vorbehalts – keineswegs die

1) Lalive ZSR 97 (1978) I 545/46

2) BGE 102 Ia 580 und 582

3) vgl. den Wortlaut von BZPO Art. 17 Abs. 3; Lalive ZSR 97 (1978) I 538

4) Lalive ZSR 97 (1978) I 545

5) Lalive ZSR 97 (1978) I 549

6) BGE 102 Ia 583 E 8b

Anerkennung oder gar die Billigung der Massnahmen der Republik Bangladesh durch die schweizerischen Behörden bedeute, welche darauf abzielen, die Beklagte ("intimée"!) den Verpflichtungen zu entziehen, die sich für sie aus der Uebernahme der Aktiven der EPIDC und nachher der BIDC ergeben haben. Wann soll der ordre public-Vorbehalt durchgreifen, wenn nicht hier, ist man geneigt zu fragen beim Lesen dieser Zeilen, denn entweder missbilligt man eine Massnahme und zieht die Konsequenzen daraus oder gegenteiligensfalls billigt man sie!

Es ist wirklich zu bedauern, dass die Richter des obersten Gerichtes nicht den Mut besaßen, die Konsequenzen aus ihren Ueberlegungen zu ziehen; hatten sie doch dies in vergangener Zeit zu tun gewusst, sei es nun gegenüber den rassistischen Massnahmen des Dritten Reichs (1) oder in dem vorn erwähnten Fall "Losinger", wo man es eben nicht zugelassen hatte, dass sich ein Staat der einmal begründeten Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen versuchte (2).

d) Zum ordre public international bzw. zum ordre public eines Drittstaates

Abschliessend sei an dieser Stelle nur kurz darauf hingewiesen, dass das Argument des Bundesgerichtes (3), ein ordre public international vermöge hier nicht weiter zu helfen, zu Recht von Lalive kritisiert wird, insbesondere weil dieser ordre public unabhängig von der strittigen Binnenbeziehung durchgreifen könnte (4).

Leider wurde von der Beschwerdeführerin der ordre public ihres Heimatlandes nicht angerufen, eine m.E. überprüfenswerte Möglichkeit, hat doch die Beachtung des ordre public eines Drittstaates ausdrücklich in den Vorentwurf und Schlussbericht der Expertenkommission zum IPR-Gesetz (5) Eingang gefunden.

1) Lalive ZSR 97 (1978) I 550

2) Lalive ZSR 97 (1978) I 533/534

3) BGE 102 Ia 583 E 9

4) Lalive ZSR 97 (1978) I 546/47

5) Art. 18 VEIPR; Schlussbericht 65/66

III. Die Heilung einer mangelhaften Schiedsvereinbarung

1. UEBERBLICK UEBER DIE INNERSTAATLICHEN REGELUNGEN

Sowohl das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (1) als auch die ZH ZPO (2) schliessen die Berufung auf die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung nach erfolgter Einlassung zur Hauptsache aus. Damit steht das schweizerische Recht keineswegs alleine, vielmehr bestehen ähnliche oder gleiche Regeln in sämtlichen im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit interessierenden Ländern: so in Deutschland (3), in den USA, Grossbritannien, Frankreich und auch in den Ostblockstaaten (4).

2. IM ANWENDUNGSBEREICH DES NYU

Im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen fragt es sich nun, ob eine Präklusion der Einrede der mangelnden Schiedsabrede nach dem Rechte, das auf die Schiedsvereinbarung anzuwenden ist, auch vom Vollstreckungsrichter zu berücksichtigen sei.

Davon ausgehend, dass die Versagungsgründe des NYU eng auszulegen sind im Sinne der Erleichterung der Vollstreckung (5), lässt sich folgendes festhalten: Die Präklusion der Einrede bedeutet nichts anderes als die Heilung eines allfälligen Mangels; die Schiedsvereinbarung wird als vollumfänglich gültig und wirksam fingiert, ja sogar eine fehlende Schiedsvereinbarung wird durch die Einlassung ersetzt. Dies geschieht wohl nicht zuletzt deshalb, weil gegen-teiligenfalls ein widersprüchliches Verhalten der betr. Partei geschützt würde, könnte sie sich doch zuerst einlassen und den Spruch abwarten und erst dann zur Anfechtung der Schiedsverein-

1) Art. 8 Abs. 2

2) § 240

3) § 1027 Abs. 1 DZPO

4) vgl. dazu die Darstellung bei Schlosser I Nr. 681

5) Sanders, Yearbook 1976, 215

barung schreiten. Ein solches Verhalten verstösst aber gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und ist nicht zu schützen, weder im nationalen noch im internationalen Bereich.

Somit drängt sich der Schluss auf, dass die Präklusion der Einrede der mangelnden Schiedsvereinbarung bzw. die Heilung der mangelhaften Schiedsvereinbarung nach dem Rechte des Urteilsstaates für den Vollstreckungsrichter verbindlich ist; auch er hat von der Fiktion einer gültigen und wirksamen Schiedsvereinbarung auszugehen (1). Diese Interpretation von Art. V Abs. 1 lit. a NYU ermöglicht es zudem, auf den Umweg über die Meistbegünstigungsklausel von Art. VII NYU zu verzichten und direkt zum richtigen Ergebnis zu kommen.

Hatte aber im Urteilsstaat die betreffende Partei gar keine Möglichkeit, die Schiedsvereinbarung anzufechten, bzw. war eine Anfechtung von vorneherein aussichtslos, weil dem fremden Rechte der betreffende Anfechtungsgrund unbekannt gewesen ist, so ist dies bei der ordre public-Kontrolle zu beachten und u.U. ist der Schiedsvereinbarung die Gültigkeit trotz Heilung im Urteilsstaat zu versagen unter Berufung auf den ordre public-Vorbehalt.

1) zum gleichen Schluss für deutsches Recht gelangt Schlosser I Nr. 683

E) KOMPETENZUEBERSCHREITUNG

I. Im Anwendungsbereich des NYU

In lit. c von Art. V Abs. 1 NYU wird ausdrücklich festgehalten, dass die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches zu verweigern sei, wenn

"... der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenze der Schiedsabrede oder der Schiedsklausel überschreiten;...".

Diese ausführliche Formulierung will nichts anderes besagen, als dass bei einer Ueberschreitung der Zuständigkeit die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern sei; es wird also zweimal ein und dasselbe ausgedrückt (1). Weiter ist aber mit Schlosser (2) anzuführen, dass der Wortlaut des Artikels leicht zu Missverständnissen führen kann: Denn, wenn man einerseits unter der Schiedsklausel die ursprüngliche Klausel im Hauptvertrag versteht und andererseits unter die Schiedsvereinbarung den "compromis" bezogen auf das Tätigwerden des Schiedsgerichts im Einzelfall, so wäre die Akzeptation bereits zu verweigern, wenn die Entscheidung nicht durch die Schiedsklausel, wohl aber durch den "compromis" abgedeckt wäre. Dass aber der "compromis" eine sachliche Erweiterung bringen kann, ist selbstverständlich zu bejahen, und es ist in einem solchen Falle nur auf ihn abzustellen, entgegen dem missverständlichen Wortlaut des Uebereinkommens.

Auch das Umgekehrte kann der Fall sein, nämlich dass der "compromis" eine sachliche Einengung des Streitgegenstandes gegenüber der Schiedsklausel bewirkt; und wiederum ist ihm der Vorrang zu geben, da er der Schiedsklausel zeitlich nachfolgt und sich auf das unmittelbare Tätigwerden des Schiedsgerichtes bezieht und somit widersprechende, frühere Vereinbarungen aufhebt.

1) BBl 1964 II 605 ff.; Schlosser I Nr. 676

2) Schlosser I Nr. 676

Da die Frage der Ueberschreitung der Kompetenz letzten Endes immer eine Frage der Auslegung darstellt, fragt es sich, nach welchem Rechte diese Auslegung zu erfolgen hat. Allgemein bestimmt sich nun die Gültigkeit der Schiedsklausel nach dem Rechte, das die Parteien gewählt haben, oder, falls die Parteien darüber nichts bestimmt haben, nach dem Rechte des Landes, wo der Schiedsspruch ergangen ist (1). Dem Prinzip der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses folgend (2), ist auch die Auslegung nach den Regeln des soeben beschriebenen Vertragsstatuts vorzunehmen und nicht etwa nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates (3).

Dass selbstverständlich auch der Verweigerungsgrund der Kompetenzüberschreitung eng auszulegen ist, hebt Sanders (4) ausdrücklich hervor, worin man ihm vollumfänglich beipflichten kann.

II. Im Anwendungsbereich des kantonalen Rechtes

Im Bereich des kantonalen Rechtes gibt es keinen besonderen Versagungsgrund der Kompetenzüberschreitung, wie z.B. in lit. c von Art. V Abs. 1 NYÜ. Da aber auch bei Anwendung der kantonalen Regeln die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben sein muss (5) und diese selbstverständlich fehlt, wenn die Kompetenz überschritten wurde, ist dieser besondere Versagungsgrund als in der Zuständigkeitsprüfung mitenthalten zu betrachten und es muss nicht etwa auf den ordre public zurückgegriffen werden.

Weil sich auch im Anwendungsbereich der kantonalen Normen die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach dem Recht des Urteilsstaates richtet, gilt für die Auslegung der Tragweite der Vereinbarung das unter Ziff. I Ausgeführte.

1) Art. V lit. a NYÜ

2) Schnitzer II 648

3) in diesem Sinne auch Sanders, Yearbook 1977, 261/62

4) Yearbook 1976, 215

5) vorn B II 1

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, dass das kantonale Recht keine Aenderung und somit auch keine Erleichterung gegenüber dem NYU bringt.

F) EXKURS: DIE REGELUNG DES VE IPR

Bezüglich der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und somit bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes im direkten Verfahren hat der VE IPR eine selbständige Regelung getroffen, während er betreffend die Anerkennung und Vollstreckung des NYU für allgemein anwendbar erklärt.

Der Wortlaut des entsprechenden Artikels (1) lautet wie folgt:

"Die Schiedsvereinbarung ist formgültig, wenn sie schriftlich verfasst und von beiden Parteien unterzeichnet ist; sie kann auch in einem Brief-, Telegramm- oder Telexwechsel enthalten sein.

Schiedsvereinbarungen über eine schiedsfähige Sache sind materiell gültig, wenn sie dem von den Parteien gewählten, dem auf das streitige Rechtsverhältnis, insbesondere dem auf den Hauptvertrag anwendbaren oder dem schweizerischen Recht entsprechen."

Abs. 1 des Artikels entspricht praktisch dem Wortlaut von Art. 11 NYU, ergänzt durch die ausdrückliche Erwähnung, dass auch der Austausch von Telexbotschaften genügt (2); was allerdings lediglich die Fixierung der bisherigen Praxis zum NY-Uebereinkommen bedeutet (3). Es wird hier also die internationale Sachnorm – die das Uebereinkommen aufstellt – bestätigt, und damit auf die Fälle ausgedehnt, wo die Uebereinkunft nicht zur Anwendung kommt.

Umso mehr erstaunt es, dass nun Absatz 2 vom New Yorker Abkommen abweicht. Zwar unterstellt auch der Vorentwurf die Schiedsver-

1) Art. 173

2) Schlussbericht 296/97

3) Sanders, Yearbook 1976, 211; a.A. Wiget in Sträuli/Messmer § 238 N 10

einbarung primär dem Rechte, das die Parteien gewählt haben; befremdend ist aber die nachfolgende Ersatzanknüpfung an das Recht, das auf das zugrundeliegende, streitige materiellrechtliche Rechtsverhältnis anwendbar ist. Denn zum einen gesteht der Schlussbericht den Parteien die Möglichkeit einer selbständigen Anknüpfung der Schiedsvereinbarung zu (1), spricht sich also für eine gewisse Unabhängigkeit der Schiedsklausel gegenüber dem Hauptvertrag aus, nimmt aber dann doch die Ersatzanknüpfung dem Hauptvertrag folgend vor. Zum anderen setzt sich der Vorentwurf damit in Widerspruch zum NY-Uebereinkommen, welches er in Art. 182 betreffend Anerkennung und Vollstreckung als allgemein anwendbar erklärt. Dies scheint dann zunächst auch gewollt zu sein, doch tauchen Zweifel auf, ob der Schlussbericht (2) von einem richtigen Verständnis des NY-Uebereinkommens ausgeht, indem er feststellt:

"Weiter ist es möglich, eine Schiedsvereinbarung, die nach dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht ungültig wäre, dennoch als gültig anzusehen, sofern die Voraussetzungen des besonders gewählten oder des schweizerischen Rechts erfüllt sind. Diese Lösung kann freilich zur Folge haben, dass ein in der Schweiz ergangener Schiedsspruch im Ausland nicht immer anerkannt wird (vgl. Art. V Abs. 1 des New Yorker Uebereinkommens von 1958); doch scheinen solche Konsequenzen nicht unüberwindbar."

Danach könnte man meinen, der Widerspruch zum NYU bestehe darin, dass trotz Ungültigkeit nach dem Recht, das auf Hauptvertrag anwendbar ist, der schweizerische Richter entgegen dem Uebereinkommen gestützt auf das schweizerische Recht – d.h. auf das Recht des Staates, in welchem der Schiedsspruch ergeht – dennoch die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung annehmen könne. Gerade das Gegenteil ist der Fall, d.h. die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung bestimmt sich gemäss lit. a von Art. V NYU nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, in Ermangelung einer diesbezüglichen Bestimmung, nach dem Recht des Landes, wo der Schiedsspruch ergangen ist (3); und der Widerspruch besteht darin, dass das NYU

1) Schlussbericht 297

2) Schlussbericht 297

3) vgl. vorn B I 1

keine Ersatzanknüpfung an das Recht, das den Hauptvertrag beherrscht, kennt.

Der Lösung des NYÜ ist m.E. der Vorzug zu geben, denn die engste Verknüpfung der Schiedsvereinbarung ist diejenige zum Sitz des Schiedsgerichts, da zu diesem ein funktioneller Zusammenhang besteht (1). Zudem legt man ja gerade absichtlich den Sitz des Schiedsgerichts in ein neutrales Land, weil man eine möglichst unparteiische Streiterledigung haben will (2), wozu eben auch gehört, dass auf das Streitverfahren ein neutrales Recht angewandt wird.

Infolge dieser Darlegungen sollte die Ersatzanknüpfung an das Recht, das für das streitige Rechtsverhältnis massgebend ist, aus dem VE IPR gestrichen werden; während die Ersatzanknüpfung an das schweizerische Recht, welche identisch ist mit der Anknüpfung an das Recht des Landes, in welchem der Schiedsspruch ergeht bzw. ergangen ist, in Uebereinstimmung mit dem NYÜ weiterhin im Entwurf beibehalten werden kann. Allerdings gilt es zu bemerken, dass der Ausdruck schweizerisches Recht nicht ganz genau ist, da im Prinzip kantonales Recht zur Anwendung kommt.

In diesem Zusammenhang wäre auch der Schluss (3) aus den nicht über alle Zweifel erhabenen Ueberlegungen der Kommission, nämlich die Ablehnung der in der Lehre (4) und Rechtsprechung (5) bestätigten Theorie, dass die Schiedsvereinbarung ein prozessrechtlicher Vertrag ist, nochmals zu überdenken.

1) vgl. vorn D II 2 c)

2) vgl. vorn D II 2 c)

3) Schlussbericht 297

4) Guldener, ZPR 595/96; Walder 454

5) Bundesgerichtliche Praxis seit 41 II 537

G) ZUSAMMENFASSUNG

Die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ist identisch mit der Frage der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Grundsätzlich ist das Recht, welches die Parteien selbst gewählt haben, massgebend für die Bestimmung der Gültigkeit der Schiedsabrede; fehlt eine Disposition der Parteien, so ist das Recht des Urteilsstaates anwendbar.

Vom Grundsatz abweichend werden im NYÜ die Form und die persönliche Befähigung behandelt: Bezüglich der Form stellt das NYÜ eine einheitliche internationale Sachnorm auf, wonach es zur Gültigkeit einer schriftlichen Vereinbarung bedarf (vgl. Art. II Abs. 1 und 2 NYÜ). Was die persönliche Befähigung zum Abschluss einer Schiedsabrede angeht, ist an das jeweilige Personalstatut anzuknüpfen. Historisch ist darunter das Heimatrecht zu verstehen, heute aber weist die Tendenz im IPR in Richtung einer Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt.

Das kantonale Recht hingegen stellt auch bezüglich der Form auf das Recht des Urteilsstaates ab und lässt sogar im Sinne eines *favor negotii* die Einhaltung der Formvorschriften am Abschlussorte genügen. Infolgedessen steht es jeder Partei offen, sich auf die Anwendung des günstigeren nationalen bzw. kantonalen Rechts im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ zu berufen, wonach je nach anwendbarem Recht bloss Mündlichkeit oder eine vorbehaltlose Einlassung ausreichend sein kann für die Begründung der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes. Die persönliche Befähigung zum Abschluss der Schiedsvereinbarung wird im kantonalen Recht gleich behandelt wie im NYÜ.

Zu den Gültigkeitsvoraussetzungen im einzelnen, welche sich nach dem Recht, das die Parteien gewählt haben, bzw. nach dem Recht des Urteilsstaates bestimmen, zählen die Fragen des Zustandekommens und der Gültigkeit im engeren Sinne, d.h. die Frage, welches die *essentialia* des Vertrages sind, sowie die Frage nach den Ungültigkeits- bzw. Anfechtbarkeitsgründen.

Nach Fouchard und v. Hülßen gehört auch die Schiedsfähigkeit zu den Gültigkeitsvoraussetzungen und muss nach dem Rechte des Urteilsstaates gegeben sein. Dies kann zu einer unangenehmen Doppelanknüpfung führen, da gemäss Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ die mangelnde Schiedsfähigkeit nach dem Rechte des Vollstreckungsstaates ebenfalls zur Verweigerung der Anerkennung führen kann. Für das kantonale Recht will Guldener eine derartige Folge vermeiden, ob allerdings die von ihm vorgeschlagene Anknüpfung an das materiell in der Streitsache anwendbare Recht zweckmässig sei, ist an anderer Stelle zu untersuchen.

Ist die eine der Parteien ein Staat, so kann sie sich der einmal eingegangenen Schiedsvereinbarung nicht mit dem Hinweis auf ihre staatliche Immunität entziehen, und gleichfalls kann sie sich nicht mehr auf die mangelnde Schiedsfähigkeit nach ihrem eigenen Recht berufen.

Die Frage der Rechts- und Pflichtennachfolge in eine Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach dem Recht, das bezüglich der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung anwendbar ist, also nach dem von den Parteien gewählten Recht oder ersatzweise nach dem Recht des Urteilsstaates. Eine andere Anknüpfung ist infolge des engen funktionellen Zusammenhangs zu den genannten Rechten abzulehnen. Damit erübrigt sich in der Regel die Frage der Anwendbarkeit des ordre public-Vorbehalts des Urteilsstaates, da dessen Recht massgebend ist.

Die vorbehaltlose Einlassung heilt im allgemeinen nach dem Recht des jeweiligen Urteilsstaates eine mangelhafte Schiedsvereinbarung, und dies ist vom Vollstreckungsrichter nach kantonalem Recht sowie auch bei der Anwendung von Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ zu beachten, d.h. der betreffenden Partei ist die Einrede der Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung zu versagen.

Überschreitet das Schiedsgericht seine Kompetenz, so ist die Anerkennung und Vollstreckung ganz oder teilweise zu verweigern. Dieser im NYÜ ausdrücklich niedergelegte Grundsatz ist als im kanto-

nenal Recht stillschweigend mitenthaltend zu betrachten. Die Frage nach den Grenzen der Kompetenz ist regelmässig eine Frage der Auslegung des Vertrages, die dem Prinzip der einheitlichen Behandlung eines Rechtsverhältnisses folgend nach dem Recht, das die Parteien gewählt haben, bzw. nach dem Recht des Urteilsstaates, und nicht nach dem Recht des Vollstreckungsstaates vorzunehmen ist. Widersprechen sich dabei der in einigen Ländern übliche "compromis" und die Schiedsklausel, so ist der erstere massgebend, da er der letzteren zeitlich nachgeht.

H) FOLGERUNGEN BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Grundsätzlich lässt sich - wie in den Schlussfolgerungen zu den vorangegangenen Paragraphen - festhalten, dass die Grundsätze über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts in allgemeingültiger Weise ausformuliert und gesetzlich verankert sind, so dass sie direkt, ohne Umweg über den ordre public-Vorbehalt, zur Anwendung gebracht werden können.

Besonders hervorzuheben ist, dass das NYÜ bezüglich der Form eine international einheitliche Sachnorm aufstellt, womit unter keinen Umständen höhere Anforderungen an die Form gestellt werden dürfen, als das NYÜ in Art. II Abs. 2 aufstellt. Hier liegt nun eindeutig ein Fall vor, wo der ordre public-Vorbehalt in absoluter Weise eingeschränkt wird (1).

Aber auch die übrigen Grundsätze, die sich auf das anwendbare Recht beziehen, sind bei der Erstellung des Negativkataloges zu beachten. Ist die Schiedsvereinbarung nach dem Recht des Urteilsstaates gültig und verbindlich, so darf grundsätzlich nicht über den ordre public-Vorbehalt die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes verneint werden (2).

1) vgl. vorn 1. Teil: § 10 I 2

2) vgl. vorn 1. Teil: § 10 II und § 11 I

Was nun die in lit. c von Art. V Abs. 1 NYÜ behandelte Kompetenz-überschreitung anbetrifft, könnte man sich auf den Standpunkt stellen, auch hier handle es sich um eine international vereinheitlichte Sachnorm. Das hätte zur Folge, dass die Auslegung der Schiedsvereinbarung nach allgemein gültigen Grundsätzen zu erfolgen hätte und nicht nach einem bestimmten nationalen Recht. Diese Schlussfolgerung scheint mir jedoch verfrüht, die Grundsätze sind noch zu wenig deutlich und es bestünde die Gefahr einer drohenden Rechtsunsicherheit; deshalb ist vorderhand die Auslegung anhand des Rechts, das die Parteien gewählt haben, bzw. anhand des Rechts des Urteilsstaates, vorzunehmen. Somit stellt diese Bestimmung eine Kollisionsnorm dar, die die gleiche Anknüpfung vorsieht wie bei der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, was den Vorteil hat, dass der ganze Fragenkomplex der Zuständigkeit nach einem einheitlichen Recht beurteilt wird. Für die Anwendung des ordre public-Vorbehalts folgen daraus die gleichen Beschränkungen wie allgemein beim Verhältnis von speziellen Voraussetzungen und allgemeinem Vorbehalt (1), d.h. wenn die Auslegung nach dem fremden Recht ergibt, dass das Schiedsgericht seine Kompetenz nicht überschritten hat, darf nicht über die Vorbehaltsklausel die Zuständigkeit desselben wieder in Frage gestellt werden.

1) vgl. vorn 1. Teil: § 2 B V 3

§ 7 DAS RECHTLICHE GEHÖR

A) IM ANWENDUNGSBEREICH DES NYU

I. Problemstellung

Gemäss Art. V Abs. 1 lit. b NYU kann die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches verweigert werden, wenn

"... die Partei, gegen die der Schiedsspruch geltend gemacht wird, von der Bestellung des Schiedsrichters oder von dem schiedsgerichtlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder dass sie aus einem anderen Grund ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können, ...".

Im Gegensatz zu den meisten übrigen Bestimmungen in demselben Artikel gibt diese Norm keinen Aufschluss darüber, an welches Recht angeknüpft werden soll. Ist nun damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Massgabe des Urteilsstaates oder nach Massgabe des Vollstreckungsstaates gemeint, oder stellt diese Bestimmung gar eine einheitliche internationale Sachnorm dar?

II. Die Auslegung von lit. b

Würde sich lit. b auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs gemäss dem Rechte des Urteilsstaates beziehen, so müsste man sich fragen, ob diese Bestimmung nicht überflüssig sei, bildet doch lit. d desselben Artikels und Absatzes die allumfassende Grundlage zur Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit auf Grund des Rechts des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand (1).

Diese Lösungsmöglichkeit wird denn auch nirgends vertreten, sondern der überwiegende Teil der Lehre erblickt in lit. b die ausdrücklich festgelegte Ueberprüfungsmöglichkeit aufgrund des Rechtes

1) vgl. hinten § 8 A II 1

des Vollstreckungsstaates (1). So spricht Sanders wiederholt von "the forum state's standards of due process" (2).

Bei dieser Interpretation taucht aber unmittelbar die Frage auf, in welchem Verhältnis denn diese Bestimmung zu dem allgemeinen Vorbehalt des *ordre public* des Vollstreckungsstaates (3) steht. Die Antwort kann in diesem Falle nur lauten, lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ hebe die Wahrung des rechtlichen Gehörs nach Massgabe des Rechts des Vollstreckungsstaates besonders hervor (4). Das mag aber nicht recht überzeugen, muss doch hier der Mangel von der betreffenden Partei geltend gemacht werden, während unter dem *ordre public*-Vorbehalt der Exequaturrichter von Amtes wegen die Anerkennung und Vollstreckung versagen darf (5). Worin liegt aber dann die besondere Hervorhebung?

Somit drängt es sich auf, die zuletzt angeführte Lösungsmöglichkeit, nämlich dass lit. b eine einheitliche internationale Sachnorm darstelle, zu prüfen. Dass dies nicht von vorneherein von der Hand zu weisen ist, beweist Art. II NYÜ, welcher anerkanntermassen (6) eine solche Norm darstellt.

So tritt denn auch Fouchard (7) für diese Lösung ein, wobei seine Argumentation zum Teil etwas gewagt erscheint: Er geht davon aus, dass durch die Statuierung der Parteiautonomie in lit. d von Art. V Abs. 1 NYÜ (8) die Konvention die totale Lösung von einem jeglichen nationalen - und damit zwingenden - Recht postuliere. Ein solches internationales Schiedsverfahren im Sinne eines nationalen Prozesses ist aber bis heute nicht Praxis geworden (9) und auch bei der

1) Sanders, Yearbook 1977, 261; Yearbook 1976, 215; Schlosser I 703 vgl. dazu den Titel bei Nr. 698; Schwab 419

2) vgl. dazu die Zitate in Anm. 1

3) Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ

4) in diesem Sinne wohl auch Schlosser I Nr. 703

5) vgl. den Ingress zu Abs. 2 von Art. V NYÜ

6) vgl. vorn § 6 B I 2

7) Fouchard no. 526

8) vgl. hinten § 8 A II 1

9) Sanders, Yearbook 1976, 215

Schaffung der Konvention abgelehnt worden (1); wovon bereits der Titel, der von ausländischen Schiedssprüchen spricht, Zeugnis ablegt.

Dennoch muss man Fouchard zustimmen, wenn er sagt: "... elle est obligatoire en elle-même, puisque fixée dans un texte de droit international" (2), denn der Wortlaut ist aus sich selbst heraus voll verständlich und enthält wie jede Sachnorm eine Entscheidung in der Sache selbst: Wenn nämlich eine Partei nicht gehörig in Kenntnis gesetzt wurde von der Bestellung des Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren oder wenn sie aus einem anderen Grund ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können, so ist auf ihr Gesuch und ihren Beweis hin die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern.

Man kann also nicht von einer Kollisionsnorm sprechen, denn es wird nicht der Konflikt zwischen zwei oder mehreren Rechten gelöst, sondern unmittelbar in der Sache selbst entschieden (3). Dass dabei Begriffe wie "nicht gehörig in Kenntnis gesetzt" bzw. "aus einem anderen Grund" der Auslegung bedürfen, ändert nichts am Grundcharakter der Norm.

Aber nicht nur einige "Aussenseiter" in der Lehre vertreten diese Ansicht, sondern auch hin und wieder spiegelt sie sich, ob bewusst oder unbewusst, in den Entscheiden der Gerichte wider: So lässt das Obergericht von Baselland (4) die Frage, ob sich lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ und der schweizerische ordre public in bezug auf den Umfang des rechtlichen Gehörs decken, offen; seine vorangehenden Ueberlegungen zeigen jedenfalls, dass das Obergericht lit. b als eigenständige Norm angesehen hat. Und das OLG Köln (5) wendet offensichtlich lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ direkt im Sinne einer Sachnorm an.

1) Bertheau 83

2) Fouchard no. 526; zustimmend Gentinetta 301

3) vgl. zur Unterscheidung Sachnorm/Kollisionsnorm Keller/Siehr 1

4) BJM 1973, 197

5) Yearbook 1979, 258 und ZZP 91 (1978) 318 ff.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Behauptung, lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ stelle eine einheitliche internationale Sachnorm dar, keineswegs abwägend ist, sondern vielmehr in Zukunft vermehrte Beachtung verdient. Mit dieser Lösung verbinden sich denn auch m.E. zwei wesentliche Vorteile: Erstens erhält auf diese Art und Weise lit. b eine eigenständige Bedeutung und zweitens wird dadurch das Gebot des rechtlichen Gehörs zu einer vollwertigen internationalen Norm erhoben, der Umweg über den *ordre public* muss gar nicht erst beschritten werden! Darüber hinaus trägt diese Interpretation des NYÜ dem Umstand Rechnung, dass auch in andern internationalen Konventionen der Anspruch auf das rechtliche Gehör verbrieft ist (1).

B) IM ANWENDUNGSBEREICH DES KANTONALEN RECHTES

Die kantonalen Regelungen kennen zum Teil einen besonderen Versagungsgrund, der sich auf das rechtliche Gehör bezieht (2), ansonsten geschieht die Ueberprüfung, ob die Grundsätze des rechtlichen Gehörs gewahrt wurden, durch die *ordre public*-Kontrolle (3). So oder so entspricht die Prüfung aber den "forum state's standards of due process" (4); die Anforderungen, welche an die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches gestellt werden, sind somit identisch innerhalb wie ausserhalb des Anwendungsbereiches des NY-Uebereinkommens, wenn man von der herkömmlichen Lehre ausgeht, welche in lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ nichts anderes sieht als die ausdrückliche Verbriefung des Gebots des rechtlichen Gehörs nach Massgabe des Rechtes des Vollstreckungsstaates (5).

Geht man aber davon aus, dass lit. b eine eigenständige internatio-

1) vgl. z.B. Art. 6 EMRK

2) Guldener IZPR 96

3) Guldener IZPR 96, so in ZH: vgl. § 302 ZPO

4) vgl. vorn A II

5) vgl. vorn A II

nale Sachnorm darstellt, so fragt es sich, ob auch, was die Einhaltung des rechtlichen Gehörs anbetrifft, gemäss Art. VII Abs. 1 NYÜ das nationale Recht zur Anwendung gelangen könne, wenn dasselbe weniger weitgehende Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs stellt die Uebereinkunft (1) und somit die Anerkennung und Vollstreckung zulassen würde. Will man der Theorie, dass lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ eine internationale Sachnorm darstellt, Nachachtung verschaffen, so muss man zweifelsohne die Anwendbarkeit von Art. VII Abs. 1 NYÜ im vorliegenden Fall verneinen, da ansonsten dem Postulat, das Gebot des rechtlichen Gehörs als international verbrieftes Recht zu behandeln, sogleich wieder der Boden unter den Füßen weggezogen würde. Zudem, wenn die Uebereinkunft einerseits das Gebot eines "due process" ausdrücklich formuliert, so kann es anderseits nicht im Sinne derselben Konvention sein durch eine "Meistbegünstigungsklausel" diese elementarste Anforderung an ein gerechtes Schiedsverfahren und Voraussetzung für eine gerechte Entscheidung wieder ausser Kraft zu setzen.

1) was allerdings im Kreise von Kulturstaaten nicht der Fall sein dürfte.

C) ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN
BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ, die sich auf die Wahrung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs bezieht, stellt m.E. eine international vereinheitlichte Sachnorm dar. Für den Vollstreckungsrichter bedeutet dies, dass er weder weitergehende Voraussetzungen über den Umweg des ordre public-Vorbehalts einführen, noch dass er das u.U. günstigere innerstaatliche Recht im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ zur Anwendung bringen darf, da die internationale Norm absolute Geltung beansprucht, oder anders gesagt, zu verbindlichem innerstaatlichem Recht geworden ist. Dies gilt umso mehr, als dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs auch in anderen internationalen Konventionen und Deklarationen verbrieft ist (1).

1) vgl. EMRK Art. 6; UN-Deklaration Art. 10

§ 8 DIE ÜBERPRÜFUNG DER VERFAHRENSKORREKTHEIT AUFGRUND DER VEREINBARUNGEN DER PARTEIEN BZW. DES RECHTES DES URTEILSSTAATES

A) IM ANWENDUNGSBEREICH DES NYU

I. Problemstellung

Lit. d von Art. V Abs. 1 NYU folgend kann die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches verweigert werden, wenn

"... die Bildung des Schiedsgerichtes oder das schiedsrichterliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien oder, mangels einer solchen Vereinbarung, dem Rechte des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat, ...".

Diese Bestimmung ruft nun in Literatur und Judikatur vor allem zwei Probleme hervor:

- Erstens wird in der Norm nicht unterschieden zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln; heisst das nun, dass sämtliche Verfahrensmängel geltend gemacht werden können im Exequaturverfahren?
- Zweitens lässt die Bestimmung die Grenzen der Parteiautonomie in bezug auf das Verfahren nicht erkennen. Bedeutet nun hier die Statuierung der Parteiautonomie, dass die Parteien auch zwingende Normen des an sich anwendbaren Sitzrechtes ausschalten können; wird also die Grenze nicht durch diese Normen, sondern durch den ordre public des jeweiligen Urteilsstaates oder sogar nur durch den ordre public des Vollstreckungsstaates gebildet?

II. Die Wesentlichkeit der Mängel im Sinne von lit. d

1. BEI NORMEN DES NATIONALEN VERFAHRENSRECHTS

a) Wesentlichkeit

Schwab (1) erachtet es als eine Selbstverständlichkeit, dass nur wesentliche Mängel zur Nichtanerkennung führen können, und geht wohl stillschweigend davon aus, dass sich die Wesentlichkeit der einzelnen Normen aufgrund der allgemeinen Prinzipien der Gesetzesauslegung ergibt. Dem hält Schlosser (2) entgegen, dass sich aus dem Wortlaut der Bestimmung eine derartige Einschränkung nicht herauslesen lasse. Leider äussern sich weder Sanders (3) noch Bertheau (4) noch Gentinetta (5) explicite zu diesem Problem, bei ihnen steht die Frage nach den Grenzen der Parteiautonomie im Vordergrund und über die hier zur Diskussion stehende Frage gehen sie hinweg.

Aber die Kontroverse zwischen Schlosser und Schwab ist nicht so gross, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, denn Schlosser relativiert seine Aussage nach zwei Richtungen hin: Zum einen bemerkt er (6), dass sich aus dem Parteiwillen ergeben kann, dass die Verletzung von weniger wichtigen Verfahrensverstössen nicht zur Unwirksamkeit und Nichtanerkennung des Schiedsspruches führen soll. Zum andern stellt er (7) fest, dass bei der Prüfung der Verfahrenskorrektheit unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* nur solche Verfahrensfehler zu einer Nichtanerkennung führen, die auch das Entscheidungsergebnis möglicherweise beeinflusst haben, also kausal gewesen sein konnten für die Entscheidung; gegenteiligenfalls nämlich liegt keine stossende Verletzung des Rechtsempfindens

1) Schwab 420

2) Schlosser I Nr. 695a

3) z.B. Yearbook 1976, 215

4) 77 ff. spricht sogar im Titel nur vom "Abweichen des Schiedsverfahrens von der Parteivereinbarung".

5) 298 ff.

6) Schlosser I Nr. 695a

7) Schlosser I Nr. 714

vor, wenn gesagt werden kann, der Spruch wäre so oder so gleich ausgefallen. Des weitern verweist er auf die Praxis bei der Anerkennung und Vollstreckung von innerdeutschen Schiedssprüchen, welche nur dann aufgehoben werden, wenn der Verfahrensverstoss kausal gewesen ist.

Aus diesen beiden Argumenten und in Anbetracht des Zwecks des NYÜ - der Erleichterung der Vollstreckung - zieht er dann den Schluss, dass nur solche kausalen Verstösse unter lit. d von Art. V Abs. 1 zu subsumieren sind und schlägt auch gleich die Brücke zu Schwab, indem er die Vermutung äussert, dass man mit dem Ausdruck "wesentlich" wohl dasselbe besagen will.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass unter den Verfahrensverstössen im Sinne von lit. d nicht jeder noch so "unwesentliche", oder anders gesagt, "nicht-kausale" Verfahrensmangel gemeint sein kann, sondern es muss sich um beachtliche Fehler gehandelt haben.

b) Präklusion

Aber m.E. ist noch eine weitere Einschränkung notwendig, und zwar in Anbetracht von Art. V Abs. 1 lit. e sowie Art. VI NYÜ, wonach der Schiedsspruch, wenn er im Urteilsstaat aufgehoben wurde bzw. die Aufhebung beantragt wurde, nicht zu vollstrecken bzw. der Entscheidung darüber auszusetzen ist (1). Daraus folgt nämlich, dass der sich anbietende Weg der Anfechtung des Spruches im Urteilsstaat zu begehen ist; steht doch der Richter in diesem Staate seinem Rechte näher und kann er die Verfahrenskorrektheit besser überprüfen als der Exequaturrichter. Wird aber auf diese Möglichkeit im Urteilsstaat verzichtet, so rechtfertigt sich eine Präklusion der Geltendmachung der Verfahrensmängel, zumindest soweit als die Mängel nicht zugleich auch den ordre public des Vollstreckungsstaates verletzen (2).

1) vgl. vorn § 5 B II und III

2) a.A. Schlosser Nr. 711

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man sich auf die "Meistbegünstigungsklausel" von Art. VII Abs. 1 NYÜ abstützt, mit dem Argument, dass nur solche Verfahrensverstösse, die zugleich den ordre public des Vollstreckungsstaates verletzen (1), zu einer Nichtanerkennung und Nichtvollstreckung des Schiedsspruches führen, denn das kantonale Recht kennt keine Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit, die allein auf das Recht des Urteilsstaates abstellt.

Sanders (2) geht noch weiter, wenn er - leider nur im Zusammenhang mit lit. e von Art. V Abs. 1 NYÜ - sagt, dass die Uebereinkunft gar keine Vorschriften enthalte über die Aufhebung eines Schiedsspruches, sondern sie verweise diesbezüglich auf das Recht des Urteilsstaates (3).

Allgemein kann gesagt werden, dass es nicht Sinn und Zweck des Exequaturverfahrens ist, die im Urteilsstaat versäumte Verfahrenskontrolle nachzuholen; sondern hier geht es lediglich darum, Schiedssprüche, die an schwerwiegenden Verfahrensmängeln leiden, nicht zu vollstrecken. So betrachtet, kann unter Berufung auf lit. d von Art. V Abs. 1 NYÜ die Anerkennung und Vollstreckung nur dann verweigert werden, wenn wesentliche Verfahrensvorschriften missachtet wurden und diese im Urteilsstaat entweder in einem Aufhebungs- oder Nichtigkeitsverfahren erfolglos geltend gemacht wurden oder nicht geltend gemacht werden konnten, ansonsten ist die betreffende Partei mit dieser Einrede auszuschliessen. Eine gegenteilige Interpretation würde sich zudem mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbaren lassen (4).

1) Sträuli/Messmer § 302 N 18

2) Yearbook 1977, 262

3) vgl. vorn § 5 B II

4) vgl. vorn 1. Teil: § 2 B IV 3

2. BEI PARTEIVEREINBARUNGEN

Bislang war nur die Rede von Verfahrensverstössen aufgrund des Rechtes des Urteilsstaates, das aber gemäss lit. d nur subsidiär zur Anwendung kommt (1). Wie steht es aber bei den von den Parteien selbst gegebenen Verfahrensbestimmungen?

Als Ausgangspunkt dient die Feststellung von Schlosser (2), dass die Auslegung der Parteivereinbarungen ergeben kann, dass die Wirksamkeit des Schiedsspruches nicht von der Einhaltung weniger wichtiger Verfahrensbestimmungen abhängen soll. Im folgenden lassen sich nun zwei Fallgruppen unterscheiden, nämlich einerseits autonome Bestimmungen der Parteien und andererseits der Verweis der Parteien auf ein bestimmtes Verfahrensreglement einer privaten Schiedsgerichtsinstitution.

a) Autonome Parteivereinbarungen

Hier besteht nun die Möglichkeit, dass die Parteien ganz bestimmte, auf ihr Vertragsverhältnis zugeschnittene Normen selbständig festgelegt haben. Solche Bestimmungen sind in der Regel als wesentlich anzusehen; denn zumindest für eine Partei wird die betreffende Bestimmung eine "conditio sine qua non", also eine notwendige Grundlage des Schiedsvertrages, dargestellt haben und die Gegenpartei hat oder hätte dies bei Anwendung der notwendigen Aufmerksamkeit aufgrund von Treu und Glauben erkennen müssen. Genau gleich wie nun bei einem Grundlagenirrtum (3) der Vertrag angefochten werden kann, so kann hier bei Nichteinhaltung einer grundlegenden, wesentlichen Parteivereinbarung der Schiedsspruch aufgehoben bzw. die Vollstreckung verweigert werden (4).

1) Sanders, Yearbook 1979, 248

2) Schlosser I Nr. 695a

3) vgl. OR 24 Ziff. 4 u. Bucher 178

4) so z.B. Appellationsgericht BS, SJZ 64 (1968) 378, allerdings ohne diese Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Parteivereinbarungen.

Ergibt aber die Auslegung, dass für keine der beiden Parteien die Bestimmung eine "conditio sine qua non" dargestellt hat oder dass diese Bedeutung nach Treu und Glauben für die Gegenpartei nicht erkennbar gewesen ist; mit anderen Worten, ergibt die Auslegung, dass keine derart wesentliche Bestimmung verletzt worden ist, die bei einem Irrtum die Aufhebung des Vertrags ermöglicht hätte, so rechtfertigt sich m.E. auch nicht die Aufhebung bzw. die Verweigerung der Vollstreckung des Schiedsspruches. Denn genausowenig wie derjenige, der über einen nicht wesentlichen Bestandteil des Vertrages irrt, zur Irrtumsanfechtung legitimiert ist, genausowenig ist derjenige, der sich auf eine nicht wesentliche Verfahrensbestimmung beruft, zur Aufhebung bzw. zur Verhinderung der Vollstreckung des Schiedsspruches berechtigt.

b) Verweis auf ein privates Schieds(gerichts)reglement

Sehr häufig machen die Parteien von der Möglichkeit Gebrauch, ein Reglement einer Handelskammer oder einer anderweitig institutionalisierten Schiedsgerichtsorganisation als anwendbar zu erklären für die Abwicklung ihrer allfälligen künftigen Streitigkeiten (1). Auch hier besteht m.E. wieder die Notwendigkeit und die Möglichkeit der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestimmungen. Dabei lassen sich hier dieselben Kriterien anwenden, die bei der Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Verfahrensverstößen – und damit Verfahrensnormen – aufgrund des Rechtes des Urteilsstaates herausgearbeitet wurden (2); denn die Wahl eines bestimmten Reglementes bedeutet nichts anderes als die Wahl eines bestimmten Verfahrensrechtes und damit die Unterwerfung unter ein ganz bestimmt geartetes Normensystem, das selbst zwischen wesentlichen und weniger wesentlichen Normen unterscheidet und diese Entscheidung nicht dem Willen der Parteien überlässt.

1) z.B. ICC-Reglement, AAA-Rules

2) vorn Ziff. 1 a

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass auch bei den Parteivereinbarungen nicht nur die Notwendigkeit, sondern auch die Möglichkeit besteht, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Verfahrensnormen bzw. Verfahrensverstössen zu unterscheiden, und je nachdem die Vollstreckung des Spruches zuzulassen oder zu verweigern. Dabei ist bei der Anwendung von autonomen Parteivereinbarungen nach den Regeln der Vertragsauslegung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Normen zu unterscheiden; untersteht jedoch das Verfahren einem Reglement einer Schiedsgerichtsorganisation, so ist auf dieselbe Art und Weise zwischen wesentlichen und unwesentlichen Normen zu unterscheiden wie bei der Massgeblichkeit des Rechts des Urteilsstaates. Selbstverständlich gilt gleichfalls das vorn Dargelegte (1) betreffend die Präklusion, da in diesen Fällen Zuwarten immer einen Verstoss gegen Treu und Glauben bedeutet, stellt doch die Nichtgeltendmachung einer Parteivereinbarung im Urteilsstaat regelmässig eine stillschweigende Aufhebung der betreffenden Bestimmung dar und die nachträgliche Geltendmachung würde einem "venire contra factum proprium" gleichkommen.

So kann also unter der Berufung auf lit. d von Art. V Abs. 1 NYU die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches nur verweigert werden, wenn entweder einer wesentlichen Parteivereinbarung oder einer wesentlichen Norm eines Schiedsreglementes nicht Folge geleistet wurde. Oder, falls das Recht des Landes, wo der Schiedsspruch ergangen ist, zur Anwendung kommt, eine wesentliche Bestimmung desselben verletzt wurde.

1) vorn Ziff. 1 b

B) IM ANWENDUNGSBEREICH DES KANTONALEN RECHTS

I. Bei Normen eines nationalen Verfahrensrechtes bzw. eines privaten Schiedsregelamentes

Der Kanton Zürich (1) sowie die meisten übrigen Kantone (2) kennen keine Verfahrenskontrolle aufgrund der Parteivereinbarungen bzw. des Rechtes des Urteilsstaates; die Verfahrenskorrektheit kann lediglich im Zusammenhang mit der ordre public-Kontrolle überprüft werden. Dabei wird jedoch nicht auf die Verletzung von Verfahrensbestimmungen im Urteilsstaat abgestellt, sondern es wird aus der Sicht des Exequaturstaates untersucht, ob fundamentale Grundsätze des Verfahrens oder des materiellen Rechtes verletzt wurden (3).

Für die Normen des subsidiär anwendbaren Verfahrensrechtes des Urteilsstaates wie auch für die Regeln einer institutionalisierten Schiedsgerichtsordnung kommt es somit grundsätzlich nicht auf deren Einhaltung oder Verletzung und damit auch nicht auf deren Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit an, sondern der Massstab bildet die Vereinbarkeit mit dem einheimischen Rechtsempfinden (4); dass aber dabei dennoch eine gewisse Wechselbeziehung zum ausländischen Recht besteht, ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden (5). Eindeutig ist aber, dass aufgrund des schweizerischen Rechts die Überprüfung der Verfahrenskorrektheit weniger weit geht, als es aufgrund des Wortlautes von lit. d Art. V Abs. 1 NYÜ möglich wäre. In diesem Fall kann sich die betreffende Partei nach Art. VII Abs. 1 der Übereinkunft regelmässig auf das ihr günstiger gesinnte kantonale Recht berufen und die Anerkennung und Vollstreckung des Spruches erreichen. Selbst bei der vorn gegebenen, einengenden Interpretation von lit. d von Art. V Abs. 1 NYÜ (6) lässt sich nicht

1) Sträuli/Messmer § 302 N 18

2) vgl. Guldener, IZPR 96

3) Sträuli/Messmer § 302 N 18 - 20; vgl. vorn 1. Teil: § 2 B III 1

4) vorn 1. Teil: § 2 B III 1

5) vorn 1. Teil: § 2 B IV 3

6) vorn A II 1 a

von vorneherein ausschliessen, dass das innerstaatliche Recht weniger weitgehende Voraussetzungen verlangt und sich die betreffende Partei darauf berufen kann.

II. Bei autonomen Parteivereinbarungen

Wie soeben gezeigt, kennt der Kanton Zürich keine selbständige Verfahrenskontrolle, sondern eine Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit ist nur im Rahmen des ordre public-Vorbehalts möglich. Was nun die autonomen Parteivereinbarungen angeht, so lässt sich m.E. wiederum eine Parallele zum Grundlagenirrtum vollziehen (1). Genausowenig wie ein Urteil, das diesen Grundsatz der Irrtumslehre missachtet, anerkennungsfähig ist, genauso wenig kann ein Schiedsspruch vollstreckt werden, der unter Missachtung einer solchen Parteivereinbarung zustande gekommen ist, stellen doch letzten Endes beide Fälle eine Verletzung des Gebotes nach Treu und Glauben zu handeln dar, welches anerkanntermassen zum ordre public gehört(2). Bezüglich eines Verstosses gegen eine autonome Parteivereinbarung ist also das kantonale Recht sicher ebenfalls anerkennungsfreundlicher als der Wortlaut von lit. d von Art. V Abs. 1 NYÜ, dürfte aber mit der vorn gegebenen (3), einengenden Interpretation der Bestimmung übereinstimmen; womit man sich also je nachdem, wie die in Frage stehende Bestimmung des Uebereinkommens ausgelegt wird, auf das vollstreckungsgünstigere innerstaatliche Recht im Sinne von Art. VII NYÜ berufen kann oder nicht.

1) vorn A II 2 a

2) BGE 96 II 8, 102 Ia 581

3) vorn A II 2 a

C) ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Der Wortlaut von Art. V Abs. 1 lit. d unterscheidet bei der Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit nicht zwischen wesentlichen und unwesentlichen Mängeln. Die Auslegung der Norm ergibt jedoch, dass im Vollstreckungsverfahren nur wesentliche bzw. kausale Verfahrensverstösse gerügt werden können und die Berufung auf diese Mängel nur möglich ist, wenn sie im Urteilsstaate erfolglos geltend gemacht wurden oder nicht geltend gemacht werden konnten. Andernfalls ist die betreffende Partei mit der Einrede der mangelnden Verfahrenskorrektheit nicht mehr zu hören, vorbehältlich der Fälle, wo der einheimische ordre public in absoluter Weise verletzt wurde, d.h. die betreffende Partei auf die Geltendmachung der Norm gar nicht verzichten konnte (1). Die Wesentlichkeit von Verfahrensverstössen im Anwendungsbereich gesetzlicher Normen des Urteilsstaates bzw. im Anwendungsbereich von Reglementen von Schiedsgerichtsorganisationen bestimmt sich einerseits nach den Regeln der Gesetzesauslegung und andererseits nach der möglichen Kausalität der Verletzung, während im Anwendungsbereich der von den Parteien autonom gesetzten Regeln nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestimmungen und damit Verletzungen zu unterscheiden ist.

Im innerstaatlichen Recht der Schweiz ist eine ausdrückliche Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit aufgrund des Rechts des Urteilsstaates nicht vorgesehen; es wird vielmehr im Rahmen der ordre public-Kontrolle die Einhaltung fundamentaler inländischer Verfahrensgrundsätze geprüft.

Damit ist das innerstaatliche Recht sicher vollstreckungsfreundlicher als der Wortlaut von lit. d von Art. V Abs. 1 NYÜ und u.U. für die die Vollstreckung beantragende Partei auch noch günstiger als die Anwendung von lit. d im Sinne der vorn beschriebenen Auslegung.

1) vgl. hinten 3. Teil: § 3 C III

Aus den Darlegungen ergibt sich somit, dass die in Art. V Abs. 1 lit. d NYU vorgesehene Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit keine Einschränkung des ordre public-Vorbehalts nach sich zieht, sondern dass umgekehrt der Vorbehalt die Anwendung dieser Bestimmung einengt.

§ 9 DIE SCHIEDSFÄHIGKEIT

A) IM ANWENDBEREICH DES NYU

I. Problematik

Art. V Abs. 2 lit. a des NYU lautet:

"Die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches darf auch versagt werden, wenn die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, feststellt,

- a) dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann, ...".

Dieser auf den ersten Blick klare Wortlaut birgt einige in Literatur und Judikatur aufgeworfene Probleme in sich: Die Hauptfrage ist dabei, ob die Uebereinkunft tatsächlich eine kumulative Anknüpfung der Schiedsfähigkeit statuieren wollte, denn gemäss lit. a von Abs. 1 desselben Artikels muss die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes, das die Parteien gewählt haben, oder, mangels einer solchen Vereinbarung, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, gegeben sein - da gegenteiligenfalls kein gültiger Schiedsvertrag vorliegt (1) -, und nach der oben wiedergegebenen lit. a von Abs. 2 bedarf es der Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes des Landes, wo um die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird. Ist wirklich eine derart vollstreckungsfeindliche Doppelspurigkeit gewollt, handelt es sich bei lit. a von Abs. 2 wirklich um eine selbständige Anerkennungsvoraussetzung (2) oder sind Einschränkungen zu machen (3).

1) vorn § 6 C II

2) so z.B. v. Heymann 159 und Bertheau 60 Anm. 42

3) so z.B. Schlosser I Nr. 753

11. Die Auslegung und Unterscheidung der Ingresse der Abs. 1 und 2 von Art. V

1. BERUECKSICHTIGUNG AUF ANTRAG BZW. VON AMTES WEGEN

Eindeutig und keiner Auslegung bedarf die eine Differenz zwischen Abs. 1 und 2, nämlich dass die in Abs. 1 aufgezählten Gründe nur auf Antrag einer Partei, die in Abs. 2 aufgezählten Gründe hingegen von Amtes wegen berücksichtigt werden können.

2. DER "OBLIGATORISCHE" CHARAKTER DES INGRESSES VON ABS. 1

Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Ingressen ist leider im deutschen Text nicht ersichtlich, denn beide Male heisst es: "Die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches **darf** ... versagt werden..."

Im französischen Text wird jedoch differenziert, hier heisst es im Ingress von Abs. 1: "... ne seront refusées ... que", während der Ingress von Abs. 2 lautet: "... pourront aussi être refusées...".

Der englische Text wiederum trifft wie der deutsche Wortlaut keine Unterscheidung und spricht beide Male von "... may be refused..." (1).

Schlosser (2) baut nun seine Argumentation auf dem französischen Text auf und betrachtet es als selbstverständlich, dass die unter Abs. 1 aufgeführten Anerkennungsversagungsgründe als "obligatorisch" anzusehen sind, dass also das "darf versagt werden" im Ingress von Abs. 1 als "ist zu versagen" zu verstehen ist. Der Vollstreckungsrichter hat somit in diesen Fällen die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern, wenn die betreffende Partei den notwendigen Beweis dafür erbringt. Hierbei ist ihm - allerdings unter Vorbehalt von Art. VII Abs. 1 NYU - zuzustimmen; Gegenteili-

1) Die weiteren massgeblichen Uebersetzungen gemäss Art. XVI NYU stehen leider nicht zur Verfügung.

2) Bd. I Nr. 312

ges ist jedenfalls in Literatur und Judikatur nicht zu finden.

Es ist aber in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hinzuweisen, dass das NY-Uebereinkommen zu dem Zweck geschaffen wurde, die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen zu erleichtern und dass die angeführten Verweigerungsgründe abschliessend gemeint sind, d.h. es dem Exequaturrichter verboten ist, weitere Gründe des nationalen Rechts - z.B. fehlendes Gegenrecht - zu berücksichtigen und anzuwenden (1); dies wird denn auch im Text durch das kleine Wörtchen "nur" - im englischen "only" - verdeutlicht.

3. DER "FAKULTATIVE" CHARAKTER DES INGRESSES VON ABS. 2

Im folgenden betrachtet Schlosser (2) den Ingress von Abs. 2 im Gegensatz dazu lediglich als eine Ermächtigung an die Vertragsstaaten, dem Schiedsspruch wegen fehlender Schiedsfähigkeit bzw. wegen Unvereinbarkeit mit dem ordre public nach dem Rechte des Urteilsstaates - nach ihrem eigenen Rechte also - die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern. Zu Recht bemerkt er, dass kein vernünftiger Grund besteht, den Vertragsstaaten eine völkerrechtliche Bindung zu auferlegen, die Schiedsfähigkeit und die Wahrung des ordre public nach ihrem eigenen Rechte zu prüfen; denn dies würde nicht nur einen nicht leicht zu nehmenden Eingriff in ihre Souveränität bedeuten, sondern es würde auch nicht dem Sinn und Zweck des Uebereinkommens - der Erleichterung der Vollstreckung - entsprechen.

1) BBl 1964 II 605 ff.

2) Bd. I Nr. 312

4. FOLGERUNGEN BETR. DIE SCHIEDSFAEHIGKEIT

Wäre der Vollstreckungsrichter tatsächlich verpflichtet, die Prüfung der Frage der Schiedsfähigkeit vollumfänglich aufgrund seines Rechtes vorzunehmen, so würde die resultierende Doppelanknüpfung unweigerlich zu einem grossen Hemmnis in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit werden; zumal das Schiedsgericht, das an erster Stelle – also vor dem Exequaturrichter – im Rahmen seiner Kompetenzprüfung über die Schiedsfähigkeit zu befinden hat, gar nicht in der Lage ist, diese Anknüpfung vorzunehmen, weil es gar nicht wissen kann, in welchem Lande später einmal die Anerkennung und Vollstreckung seines Spruches erfolgen wird (1).

Natürlich bedeutet die Ermächtigung an die zuständige Behörde des Vollstreckungsstaates im Ingress von Abs. 2 von Art. V NYU nicht, dass es im Belieben des jeweiligen Exequaturrichters steht, ob er die Schiedsfähigkeit nach seiner *lex fori* überprüfen will. Vielmehr ist Schlosser (2) folgend das nationale Recht danach zu befragen, ob es die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches nur zulässt, wenn die Streitsache nach seinem eigenen Rechte schiedsfähig ist, oder ob es die Schiedsfähigkeit nach einem anderen Rechte – z.B. nach dem Rechte des Landes, wo der Schiedsspruch ergangen ist, oder nach dem Rechte, das materiell anwendbar ist – genügen lässt; oder als weitere Möglichkeit, ob das nationale Recht nur bei einem gleichzeitigen Verstoss gegen den *ordre public* die Schiedsfähigkeit verneint (3), d.h., ob es die Grenzen der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich weiter zieht als im nationalen (4). Gegenteiligenfalls – wenn man den Exequaturrichter selbst entscheiden liesse – würde dies zu einer unhaltbaren Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit führen, wenn er nun

1) vgl. Fouchard no. 197

2) Bd. I Nr. 312

3) Sanders, Yearbook 1976, 216 will dies auch so verstanden haben, unterscheidet dann aber doch in Yearbook 1979, 251 zwischen lit. a und lit. b

4) so z.B. KartellG Art. 15 Abs. 1 und 2

einmal die eine und dann wieder eine andere der angeführten Lösungsmöglichkeiten befolgen würde.

Selbst wenn man dieser Interpretation von Schlosser nicht folgen will, wenn man also davon ausgeht, dass nach lit. a von Art. V Abs. 2 NYÜ die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes des Vollstreckungsstaates zu prüfen ist, so gilt es wiederum Art. VII Abs. 1 NYÜ zu beachten, wonach dann doch das allenfalls vollstreckungsgünstigere nationale Recht zur Anwendung kommt (1).

B) IM ANWENDUNGSBEREICH DES KANTONALEN RECHTS

I. Die innerstaatliche Regelung

Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung (2) rechnet den Schiedsvertrag dem Prozessrechte zu, und ihr folgend ist die Schiedsfähigkeit aufgrund des kantonalen Rechts zu beurteilen. In den meisten Kantonen ist es nur zulässig, die Beurteilung von Ansprüchen, über die die Parteien frei verfügen können, einem Schiedsgericht zu unterbreiten (3).

II. Die internationale Regelung

Die innerstaatlichen Voraussetzungen werden aber nicht vollumfänglich auf die internationalen Verhältnisse übertragen: Einerseits lässt es Wiget (4) genügen, wenn es sich um einen Schiedsspruch in einer Zivilsache handelt; er verlangt also nicht, dass es sich um eine Zivilrechtsstreitigkeit handeln müsse, sondern auch nichtstreitige Rechtssachen, die - mangels freier Verfügbarkeit - der

1) Schlosser I Nr. 312 verweist subsidiär auch auf diese Möglichkeit.

2) vgl. § 6 D II 2 b

3) vgl. § 238 ZH ZPO

4) in Sträuli/Messmer N 6a nach § 258

zürcherischen Schiedsgerichtsbarkeit entzogen sind, können nach seiner Ansicht Gegenstand eines anerkennungsfähigen ausländischen Schiedsspruches sein. Zum anderen statuiert Guldener (1) im Rahmen des ordre public-Vorbehalts zwar den Grundsatz, dass die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes des Vollstreckungsstaates gegeben sein müsse. Er relativiert aber dieses Prinzip sogleich, indem er, falls das Rechtsverhältnis materiell von einem anderen Recht beherrscht ist, eine Ersatzanknüpfung betreffend die Schiedsfähigkeit an dieses Recht in Erwägung zieht. Diese Substitution ist m.E. nicht zu befürworten, lässt sich doch damit dem Konflikt einer Doppelanknüpfung – der Schiedsrichter wird dennoch die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechtes des Urteilsstaates zu überprüfen haben – nicht aus dem Wege gehen; zudem widerspricht sie der Eigenständigkeit der Schiedsvereinbarung. Einzig für diejenigen Rechtsordnungen, die die Schiedsklausel als einen Teil des Hauptvertrages betrachten, scheint diese Lösung gerechtfertigt.

Mit Bestimmtheit kann aber festgehalten werden, dass nicht nur im Kartellrecht (2), sondern auch in anderen Rechtsgebieten die Grenze der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich nicht parallel verläuft zur Grenze im innerstaatlichen Bereich. Dass die Schweiz damit nicht alleine ist, sondern sich auf einem erfreulichen, dem internationalen Handel in aller Welt dienenden gemeinsamen Pfade befindet, beweisen die von Sanders (3) zitierten USA-Entscheide, die ebenfalls auf eine weniger eng gezogene Grenze der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich schliessen lassen. Wo aber genau diese Grenze verlaufen soll, ist an anderer Stelle näher zu untersuchen, und dort wäre auch auf den eigenständigen Lösungsvorschlag der Expertenkommission im Vorentwurf zum IPR-Gesetz (4), nämlich die Statuierung einer Sachnorm, einzutreten. M.E. bedarf es einer differenzierteren kollisionsrechtlichen Lösung, diese ist aber noch nicht

1) IZPR 112, insbes. Anm. 97

2) Art. 15 Abs. 1 und 2

3) Yearbook 1976, 216/17

4) Schlussbericht 293 ff.

gefunden; hier zeigt sich eben - um es mit Kahn (1) zu sagen - der ordre public als "der noch unerkannte und noch unfertige Teil" des Internationalen Privat- bzw. Verfahrensrechts.

C) ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN BETREFFEND DEN ORDRE PUBLIC

Der Vergleich der Ingresse zu den Absätzen 1 und 2 von Art. V NYÜ ergibt folgendes: Die Versagungsgründe von Abs. 1 dürfen nur auf Antrag berücksichtigt werden; während diejenigen von Abs. 2 von Amtes wegen zur Anwendung gebracht werden können. Desweiteren hat der Exequaturrichter beim Vorliegen eines Verweigerungsgrundes, der in Abs. 1 enthalten ist, die Anerkennung und Vollstreckung obligatorisch zu verweigern, es sei denn, dass das günstigere innerstaatliche Recht im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ zur Anwendung gelange. Demgegenüber besteht - vor allem wenn man den französischen Wortlaut betrachtet - keine staatsvertragliche Bindung für den Vollstreckungsrichter, die Versagungsgründe von Abs. 2 zur Anwendung zu bringen. Eine derartige Bindung, das eigene Recht anzuwenden, würde zudem die Souveränität der einzelnen Staaten verletzen und dem Sinn und Zweck des Abkommens widersprechen.

Für die Frage der Schiedsfähigkeit bedeutet dies, dass der Vollstreckungsrichter aufgrund des NYÜ nicht verpflichtet ist, vollumfänglich zu prüfen, ob die Schiedsfähigkeit nach seinem eigenen Rechte gegeben ist; sondern er hat das eigene Recht danach zu befragen, ob es die Anerkennung und Vollstreckung nur zulässt, wenn die Streitsache nach diesem schiedsfähig ist, oder ob es die Schiedsfähigkeit einer anderen Rechtsordnung genügen lässt oder ob es die Grenze der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich weiter zieht. Die zuletzt erwähnte Lösungsmöglichkeit scheint sich

1) vgl. vorn 1. Teil: § 3 A I

allmählich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in anderen Ländern durchzusetzen; wo aber genau die Grenze verläuft, ist unklar. M.E. bedarf es in Zukunft einer differenzierteren kollisionsrechtlichen Lösung.

Die hier dargestellte Bestimmung betr. die Frage der Schiedsfähigkeit wird zwar als eine vom allgemeinen ordre public-Vorbehalt ausgegliederte Voraussetzung betrachtet; aus obigen Darlegungen folgt jedoch, dass sich aufgrund des NYÜ bezüglich der Schiedsfähigkeit keine Einschränkungen oder Konkretisierungen des ordre public ableiten lassen und dass sich die innerstaatlichen Regelungen im Umbruch befinden.

§ 10 DER ORDRE PUBLIC

A) IM ANWENDUNGSBEREICH DES NYU

I. Die Auslegung von Art. V Abs. 2 lit. b

Die Auslegung von Art. V Abs. 2 lit. b stellt an und für sich keine besonderen Probleme, denn der Wortlaut, nach welchem die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden darf, wenn

"die Anerkennung und Vollstreckung der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde",

ist klar verständlich. Aus dem Zusammenhang mit dem Ingress zu Abs. 2 ergibt sich nämlich eindeutig, dass mit "diesem Land" der Vollstreckungsstaat gemeint ist und "öffentliche Ordnung" nichts anderes bedeutet als "ordre public" (1).

II. Die Tragweite dieser Bestimmung

Wie im vorhergehenden Paragraphen bereits dargelegt wurde (2), besteht keine völkerrechtliche Bindung der Staaten, ihren eigenen ordre public zu wahren, vielmehr besitzt die Klausel lediglich deklaratorischen Charakter (3). Deshalb gelten auch im Rahmen des NYU die im 1. Teil der Arbeit (4) dargelegten allgemeinen Grundsätze bezüglich des Inhalts der Vorbehaltsklausel, spezifisch allerdings ist der nachfolgend aufzustellende Negativkatalog, welcher sich aufgrund der Auslegung der einzelnen Verweigerungsgründe ergibt.

1) Sanders, Yearbook 1976, 216; Bertheau 60

2) vorn § 9 A II 3

3) Niederer 298

4) vorn 1. Teil: § 2 B

B) IM ANWENDUNGSBEREICH DES KANTONALEN RECHTS

In Anwendungsbereich des kantonalen Rechtes gelten selbstredend die im 1. Teil der Arbeit dargestellten Grundsätze der Bundesgerichtlichen Praxis (1), aus welcher sich unter anderem ergibt, dass der ordre public-Vorbehalt auch im Internationalen Verfahrensrecht dem Bundesrecht zuzuordnen ist.

Welche Bedeutung kommt aber dem Negativkatalog aufgrund des NYÜ ausserhalb dessen Anwendungsbereiches zu? Würde man nämlich diesen Negativkatalog nicht berücksichtigen, so würde dies zu einer störenden Ungleichheit zwischen der Anerkennung und Vollstreckung innerhalb und ausserhalb der Konvention führen, der ordre public wäre dann nicht einmal innerstaatlich, geschweige denn international, von einheitlichem Inhalt. Eine solche Aufspaltung ist sicherlich unerwünscht; vielmehr ist genau das Gegenteil anzustreben, davon zeugt auch der Vorentwurf der Expertenkommission zum IPR-Gesetz, welcher in Art. 182 das NYÜ als allgemein anwendbar erklären will für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (2).

Aber bereits heute würde wohl das Bundesgericht diesen Negativkatalog des NYÜ berücksichtigen, denn im Zusammenhang mit der ordre public-Kontrolle in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit hat das oberste Gericht auch schon das europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961 berücksichtigt, wiewohl bis anhin die Schweiz diesem Abkommen noch nicht beigetreten ist (3).

Zu diesem Ergebnis führt auch folgende Argumentation: Die im NYÜ konkretisierten Versagungsgründe sind bei einer rechtsvergleichenden Oeffnung des ordre public als allgemeine Rechtsgrundsätze (4) auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des Übereinkommens zu

1) vorn 1. Teil: § 2 B

2) Schlussbericht 302

3) 101 Ia 529

4) vgl. vorn 1. Teil: § 3 D III 3

berücksichtigen, denn sie sind nicht nur von den führenden Staaten anerkannt (1) und dort geltendes Recht, sondern darüber hinaus gelten sie auch in einem grossen Teil der Nationen in Ost und West sowie in Nord und Süd (2). Damit sich nun der ordre public gleichfalls ausserhalb des NYÜ wirklich auf diese Anerkennungsverweigerungsgründe beschränkt, ist der Negativkatalog mitzuberpicksichtigen.

C) DER NEGATIVKATALOG AUFGRUND DES NYÜ

I. Der Grundsatz

Dem Grundsatz des Bundesgerichtes (3) folgend, dass je detaillierter die formellen Bestimmungen sind, denen eine Uebereinkunft die Vollstreckung von Schiedssprüchen unterstellt, desto enger das Anwendungsgebiet des - ausdrücklichen oder stillschweigenden - ordre public-Vorbehalts sei, ist jede Bestimmung über die Anerkennung und Vollstreckung im NYÜ bei der Aufstellung des Negativkataloges zu berücksichtigen.

Jede einzelne Norm stellt gleichsam die Höchstgrenze, das oberste Mass, an Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen dar, weitergehende Voraussetzungen auf dem Umwege des ordre public einzuführen, würde eine Verletzung der Konvention bedeuten (4). Dies gilt umso mehr, als die nur auf Antrag zu berücksichtigenden Versagungsgründe von Art. V Abs. 1 NYÜ nicht durch die Vorbehaltsklausel von Amtes wegen zur Anwendung gebracht werden dürfen.

Die Bildung des Negativkataloges bedeutet nun nichts anderes als

1) vgl. vorn 1. Teil: § 3 D III 3 b

2) vgl. Stand der Mitgliedstaaten in SR 0.277.12

3) 101 Ia 526

4) 101 Ia 526, vgl. auch vorn 1. Teil: § 3 D II u. § 4 B I

die Umkehrung ins Gegenteil der in den vorhergehenden Paragraphen erläuterten Voraussetzungen bzw. Verweigerungsgründen der Anerkennung und Vollstreckung.

II. Die einzelnen Punkte des Negativkataloges

1. BETREFFEND DIE VORAUSSETZUNG DER RICHTLICHEN ENTSCHEIDUNG IN ZIVILSACHEN

Da sich die Frage, ob eine Zivilsache vorliegt, nach dem Recht des Vollstreckungsstaates entscheidet (1), stellt sich hier die Frage des *ordre public* gar nicht und somit auch nicht diejenige nach den Auswirkungen für den Negativkatalog.

Hingegen beurteilt sich die Frage, ob ein Schiedsspruch oder ein Schiedsgutachten vorliegt, nach dem Recht des Urteilsstaates (2); womit grundsätzlich nicht auf die Qualifikation aufgrund des Rechts des Vollstreckungsstaates abgestellt werden darf, auch nicht über die Hintertür der Vorbehaltsklausel.

Nach dem NYU können vollstreckungsfähige Schiedssprüche sowohl Endentscheide als auch Zwischenentscheide sein (3), deshalb darf einem Zwischenurteil nicht von vorneherein und allgemein die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden.

2. BETREFFEND DIE VORAUSSETZUNG DER VERBINDLICHKEIT UND VOLLSTRECKBARKEIT

Die Frage der Verbindlichkeit entscheidet sich nach dem Recht des Urteilsstaates (4). Dabei bedeutet Verbindlichkeit, dass im Urteilsstaate keine ordentlichen Rechtsmittel mehr offen stehen, was darüber hinaus zur Erlangung des Exequaturs im Urteilsstaat notwendig ist, gehört nicht mehr zu den Erfordernissen der Verbindlichkeit

1) vorn § 4 A
2) vorn § 4 B II

3) vorn § 4 B III
4) vorn § 5 B I

und Vollstreckbarkeit im Anwendungsbereich des NYÜ. Damit darf auch nicht über den Umweg des ordre public-Vorbehalts eine Vollstreckungsbescheinigung des Urteilsstaates verlangt werden, denn die Vermeidung eines Doppelexequaturs ist gerade eines der Hauptziele des NYÜ (1).

Vollstreckbarkeit im eigentlichen Sinne bedeutet nun, dass nach dem Recht des Urteilsstaates ein Leistungsurteil vorliegt, weitergehende Voraussetzungen, die sich aufgrund des Rechts des Vollstreckungsstaates ergeben könnten, dürfen somit gleichfalls nicht über die ordre public-Klausel eingeführt werden.

3. BETREFFEND DIE ZUSTAENDIGKEIT DES SCHIEDSGERICHTES

Die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ist identisch mit der Frage der Gültigkeit der Schiedsabrede und bestimmt sich grundsätzlich nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, in Ermangelung einer Vereinbarung, nach dem Recht des Urteilsstaates (2); weitergehende Voraussetzungen aufgrund des Rechts des Vollstreckungsstaates sind somit unzulässig.

Bezüglich der Form statuiert das NYÜ eine einheitliche internationale Sachnorm, die zum verbindlichen innerstaatlichen Recht zu zählen ist, womit kein Raum mehr bleibt für die Anwendung der ordre public-Klausel (3). Einzig zur Erleichterung der Anerkennung und Vollstreckung kann das kantonale Recht im Sinne von Art. VII Abs. 1 NYÜ zur Anwendung gelangen, d.h. wenn die Formvorschriften des gewählten Rechts bzw. des Urteilsstaates oder des Abschlussortes günstiger sind (4).

Betreffend die persönliche Befähigung zum Abschluss der Schiedsvereinbarung ist auf das Personalstatut abzustellen (5), womit grund-

1) BBl 1964 II 605 ff.

2) vorn § 6 B I 1

3) Art. II Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. V Abs. 1 lit. a; vorn § 6 B I 2

4) vorn § 6 B II 2

5) Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ; vgl. vorn § 6 B I 3

sätzlich eine Berufung auf das Recht des Vollstreckungsstaates - falls dieses nicht identisch ist mit dem anwendbaren Personalstatut - über den Umweg der Vorbehaltsklausel unzulässig ist. Nur bei einer äussert gravierenden Verletzung einer Verkehrsschutzregel des Vollstreckungsstaates und einer erheblichen Binnenbeziehung zu demselben kann m.E. der ordre public-Vorbehalt noch angewandt werden. Das kann u.U. dann der Fall sein, wenn an das Heimatrecht angeknüpft wird, aber die betreffende Partei gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz im Vollstreckungsstaat hat. Es ist zu bemerken, dass in diesem Fall die ordre public-Klausel jedoch atypisch gebraucht wird, d.h. sie dient dazu, eine neue, noch nicht voll ausgereifte Kollisionsnorm einzuführen (1).

Die Gültigkeitsvoraussetzungen im einzelnen, die Heilung allfälliger Mängel durch eine vorbehaltlose Einlassung sowie die Frage nach den Grenzen der Kompetenz des Schiedsgerichts - d.h. die Fragen der Kompetenzüberschreitung sowie der Rechts- und Pflichtennachfolge - beurteilen sich nach dem von den Parteien gewählten Recht bzw. nach dem Recht des Urteilsstaates (2). Es darf also nicht aufgrund des Rechts des Vollstreckungsstaates die Zuständigkeit verneint werden, auch nicht über den Umweg der ordre public-Klausel. Desweiteren darf kein Staat die Vorbehaltsklausel dazu missbrauchen, sich von einer einmal eingegangenen Schiedsvereinbarung loszusagen, indem er sich auf seine Immunität berufen bzw. die mangelnde Schiedsfähigkeit nach seinem Recht geltend machen will.

4. BETREFFEND DIE GRUNDSÄTZE DES RECHTLICHEN GEHÖRS

Lit. b von Art. V Abs. 1 NYÜ, die sich auf die Grundsätze der Wahrung des rechtlichen Gehörs bezieht, stellt m.E. eine international vereinheitlichte Sachnorm dar. Dies bedeutet einerseits, dass keine weitergehenden Voraussetzungen über den Umweg der Vorbe-

1) vorn 1. Teil: § 3 B I und II

2) vorn § 6 C I und § 6 D II 2 c und § 6 D III 2 und § 6 E I

haltsklausel eingeführt werden dürfen (1). Da die Norm absolute Geltung beansprucht und das rechtliche Gehör auch in anderen internationalen Konventionen verbrieft ist, kann andererseits auch nicht das u.U. günstigere innerstaatliche Recht zur Anwendung kommen(2).

5. BETREFFEND DIE UEBERPRUEFUNG DER VERFAHRENSKORREKTHEIT

Während gemäss lit. d von Art. V Abs. 2 NYÜ die Ueberprüfung der Verfahrenskorrektheit durch den Vollstreckungsrichter möglich ist, kennt das innerstaatliche Recht in der Schweiz keine solche Prüfung. Lediglich die Einhaltung fundamentaler Verfahrensgrundsätze des inländischen Rechts - des Rechts des Vollstreckungsstaates - wird im Rahmen der ordre public-Klausel untersucht (3). Da die letztere Prüfung viel weniger weit geht als die erstere, kann sich aus dieser keine Einschränkung des ordre public-Vorbehalts ergeben; d.h. es lassen sich keine Erkenntnisse für den Negativkatalog gewinnen, zumal in Anbetracht von Art. V Abs. 2 lit. b auch nicht der Schluss gezogen werden kann, es sei nur eine Ueberprüfung aufgrund des Rechts des Urteilsstaates, nicht aber des Vollstreckungsstaates zulässig.

6. BETREFFEND DIE SCHIEDSFAEHIGKEIT

Einerseits gehört die Schiedsfähigkeit aufgrund des Rechts, das die Parteien gewählt haben, bzw. aufgrund des Rechts des Urteilsstaates zu den Gültigkeitsvoraussetzungen, ohne die das Schiedsgericht als unzuständig zu betrachten ist (4). Andererseits kann gemäss Art. V Abs. 2 lit. a auch die mangelnde Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung führen (5). Die letztere Voraussetzung stellt eine vom

1) vorn § 7 A II

2) vorn § 7 B

3) vorn § 8 B I

4) vorn § 6 C II 1

5) vorn § 9 A II 4

allgemeinen ordre public-Vorbehalt ausgegliederte Bestimmung dar (1) und hat in neuester Zeit eine Relativierung erfahren, denn würde man sich an den Wortlaut der Norm halten, so würde das zu einer vollstreckungsfeindlichen Doppelanknüpfung führen. Deshalb werden heute Tendenzen sichtbar, welche die Grenzen der Schiedsfähigkeit im internationalen Bereich weiterziehen als im nationalen; wo sie aber liegen, lässt sich bis anhin noch nicht sagen (2). M.E. bedarf es in Zukunft einer detaillierteren, kollisionsrechtlichen Lösung.

Es ist hier anzufügen, dass die Schiedsfähigkeit ein Musterbeispiel dafür darstellt, dass der ordre public-Vorbehalt nur allzuoft dazu benutzt wird, fehlende Kollisionsnormen zu ersetzen bzw. neue zu erproben. Für den Negativkatalog lassen sich daraus, jedenfalls bis heute, noch keine konkreten Erkenntnisse gewinnen.

1) vorn § 9 A II 4

2) vorn § 9 B II

3. TEIL

DIE UNABHAENGIGKEIT DES SCHIEDSRICHTERS

EINLEITUNG

In diesem Teil soll nicht etwa versucht werden, einen Katalog von allgemeinen Rechtsgrundsätzen aufzustellen, was letzten Endes auf einen zwangsläufig unvollständigen positiven Katalog des Anwendungsbereichs des ordre public-Vorbehalts hinausliefe. Ein solches Unterfangen ist bereits an anderer Stelle verworfen worden (1).

Anschliessend ist vielmehr anhand von möglichst konkreten Einzelfällen die Anwendung der Vorbehaltsklausel zu bejahen oder zu verneinen, und es wird keineswegs der Anspruch auf Vollständigkeit oder Allgemeingültigkeit erhoben, denn gerade das würde eine sinn- und massvolle Handhabung der Klausel verunmöglichen (2).

Ein derartiges Unternehmen muss sich notgedrungen ermassen auf bestimmte Fallgruppen beschränken, im Rahmen dieser Arbeit werden deshalb nur die Probleme im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der Schiedsrichter näher betrachtet. Soweit in diesem Teil jedoch Ausführungen zur Unparteilichkeit des Richters im allgemeinen gemacht werden, sind diese grundsätzlich übertragbar auf die Frage der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile staatlicher Gerichte.

1) vorn 1. Teil: § 3 D I

2) vgl. z.B. Neuhaus 369 f.

§ 1 DIE RECHTFERTIGUNG UND DIE TEILASPEKTE DER RICHTERLICHEN UNABHAENGIGKEIT

A) DIE RECHTFERTIGUNG

Der Richter wird von den Parteien als unparteiischer Dritter angerufen, um ihren Rechtsstreit zu entscheiden. Seine Aufgabe verlangt Neutralität und Objektivität, nur so kann er über den Parteien und der Sache stehen und glaubwürdig Recht sprechen (1). Aber nicht nur der staatliche Richter, sondern auch der Schiedsrichter übt Rechtsprechung aus, auch er hat unabhängig und nur dem Gesetze und dem Recht unterworfen zu sein (2).

B) DIE TEILASPEKTE

I. Allgemeines

Die Unabhängigkeit des Richters wird von drei Seiten her bedroht: nämlich einerseits vom Staat, d.h. von den anderen Trägern der öffentlichen Gewalt, anderseits von den Parteien und dritterseits von nichtstaatlichen Rechtsträgern, d.h. von Gesellschaften, Verbänden, Kartellen und ähnlichen Organisationen (3).

Demzufolge lässt sich auch die richterliche Unabhängigkeit in drei Teilaspekte gliedern, d.h. in die:

- Staatsunabhängigkeit,
- Parteiunabhängigkeit und
- Gesellschaftsunabhängigkeit (4).

1) Bettermann 526

2) Habscheid, NJW 15 I (1962) 8

3) Bettermann 525

4) Bettermann 525; Schlosser I Nr. 458

In der Literatur wird zuweilen noch weiter differenziert (1), aber für die Betrachtungen im Zusammenhang mit der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit erscheint die beschriebene Unterteilung als zweckdienlich und genügend.

II. Die Staatsunabhängigkeit

Primär fragt sich, ob die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte über gewisse Fragen des schiedsgerichtlichen Verfahrens zu entscheiden, als eine Verletzung der Staatsunabhängigkeit betrachtet werden muss. Dies ist jedoch zu verneinen, denn einerseits sind die staatlichen Gerichte ihrerseits unabhängig und zum andern ist es Sache eines jeden Staates festzulegen, inwieweit er die private Streiterledigung durch Schiedsgerichte zulassen und inwieweit er die Tätigkeit derselben überprüfen will (2).

Das Problem der Staatsunabhängigkeit der Schiedsgerichte würde erst dann entstehen, wenn Staatsorgane ohne richterliche Unabhängigkeit in die schiedsrichterliche Willensbildung und Entscheidung eingreifen würden. Diese Gefahr hat aber historisch nie bestanden und wird wohl auch im Westen nie bestehen (3). Allenfalls in den Ostblockstaaten sehen Habscheid und Huber die Gefahr, dass der Schiedsrichter nach der Staatsräson entscheidet (4), zumal er auch finanziell vom Staate nicht derart unabhängig ist, wie sein Kollege im Westen (5).

In Anbetracht der geringen praktischen Bedeutung des Problems im Westen und der Schwierigkeiten einer Untersuchung bezüglich des Ostens wird auf eine nähere Betrachtung im Rahmen dieser Arbeit verzichtet.

1) Eichenberger 43 ff.

2) Schlosser I Nr. 458

3) Schlosser I Nr. 458

4) Huber, ZBJV 95 (1959) 342

5) Habscheid NJW 15 I (1962) 10

III. Die Parteiunabhängigkeit

Im Gegensatz zum staatlichen Richter sind die Schiedsrichter oft wegen ihrer Fachkenntnisse Personen aus dem selben Geschäftszweig wie die Parteien und nicht selten haben sie geschäftliche Kontakte mit einer derselben gehabt (1). Häufig ist auch eine Partei versucht - zum Teil ist es ihr auch ausdrücklich erlaubt - einen ihr vertrauten Rechtsanwalt als Schiedsrichter einzusetzen. Die Parteiunabhängigkeit bedarf also einer sorgfältigen Untersuchung, weil die Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteien von mannigfacher Natur und zum Teil auch von anderer Art als zwischen staatlichem Richter und Parteien sind.

IV. Die Gesellschaftsunabhängigkeit

Die Gefahr unerwünschter gesellschaftlicher Einflüsse in der Schiedsgerichtsbarkeit ist heute besonders aktuell, da fast sämtliche, wichtige Schiedsgerichte institutionalisiert worden sind und von mächtigen privaten Organisationen oder Verbänden getragen werden (2); dies gilt im gleichen Masse im internationalen Bereich wie auch im nationalen.

Es würde sich somit bezüglich der Gesellschaftsunabhängigkeit ebenfalls eine nähere Untersuchung aufdrängen, der jedoch unbedingt eine sorgfältige rechtstatsächliche Untersuchung voranzugehen hätte; ein solches Unterfangen würde aber den Rahmen sprengen.

1) Schlosser I Nr. 458

2) Schlosser I Nr. 458

§ 2 DIE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN UND DAS VERFAHREN ZUR GELTENDMACHUNG DER SCHIEDSRICHTERLICHEN UNAB- HÄNGIGKEIT

A) ALLGEMEINES

Die persönliche Unabhängigkeit des Richters und seine Freiheit von Weisungen und Kontrollen waren Postulate der Aufklärung und der auf ihr fussenden liberalen Epoche.

Beide Forderungen sind heute weitgehend geltendes Recht, sind theoretisch in Ost und West gleichermassen anerkannt (1) und haben ihren Niederschlag in internationalen Konventionen und Deklarationen gefunden (2).

Im folgenden soll ein kurzer Ueberblick die rechtlichen Grundlagen und das Verfahren zur Geltendmachung der richterlichen Unabhängigkeit darlegen in den Ländern, die im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit von allgemeinem Interesse sind.

B) IN DER SCHWEIZ

I. Die rechtliche Grundlage

Die richterliche Unabhängigkeit findet ihren Ausdruck nicht nur in den kantonalen Zivilprozessordnungen (3) und Gerichtsverfassungen bzw. im interkantonalen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (4), sondern bereits 1907 anerkannte das Bundesgericht die richterliche Unabhängigkeit als ein aus der Verfassung fliessendes

1) Schlosser I Nr. 458

2) EMRK Art. 6 Ziff. 1; UN-Deklaration Art. 10

3) ZH-GVG § 95/96 und 104; ZH ZPO § 244

4) Konk. Art. 18 und 19

Individualrecht (1), das in der Garantie des verfassungsmässigen Richters von Art. 58 BV mitenthalten ist.

Diese Rechtsprechung geriet dann allerdings wieder in Vergessenheit und das Bundesgericht erwachte aus seinem "Dornröschenschlaf" (2) erst 1965 und verhalf damit der richterlichen Unabhängigkeit als Grundrecht zum endgültigen Durchbruch (3).

Bedeutsam ist die verfahrensrechtliche Konsequenz dieser Anerkennung der richterlichen Unabhängigkeit als ein Ausfluss von Art. 58 BV, denn das Bundesgericht prüft nicht nur frei, ob dieses Erfordernis erfüllt ist (4), sondern es kann auch ohne Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges angerufen werden (5), allerdings nicht direkt im schiedsgerichtlichen Verfahren, sondern es bedarf vorweg eines Entscheides einer kantonalen Instanz (6).

Nicht weniger wichtig als diese neuere Entwicklung der Rechtsprechung ist die differenzierte Praxis des Bundesgerichtes zur schiedsrichterlichen Unabhängigkeit im interkantonalen Verhältnis aufgrund von Art. 61 BV, die jedoch erst im Stadium der Vollstreckung zum Tragen kommt (7).

Für die schweizerische Rechtsprechung sowohl aufgrund von Art. 61 BV als auch aufgrund von Art. 58 BV gilt folgendes Prinzip:

Vorgängig der kantonalen Ausstandsbestimmung gewährleistet die Verfassung dem Einzelnen die Unabhängigkeit des Richters (8). Das bedeutet, dass von Bundesrechts wegen gewisse Anforderungen an die Unabhängigkeit gestellt werden und widersprechende kantonale Bestimmungen als verfassungswidrig und somit als ungültig zu betrachten sind (9).

1) BGE 33 I 146 E 2 u. 3

2) Müller, ZBJV 106 (1970) 260

3) BGE 91 I 401

4) BGE 91 I 402, 92 I 275 E 4

5) OG 86 Abs. 2

6) OG 84

7) z.B. 97 I 488

8) BGE 92 I 275 E 4, 97 I 489/90

9) Art. 2 ÜbgBest. BV

II. Das Verfahren

Die mangelnde Unabhängigkeit des Schiedsrichters kann bereits während des Verfahrens durch ein Ausstandsbegehren geltend gemacht werden. Sowohl nach den Bestimmungen des Konkordats (1) als auch nach den Vorschriften der Zürcher Zivilprozessordnung (2) ist das obere ordentliche Zivilgericht, d.h. in Zürich das Obergericht, zuständig, über das strittige Ausstandsbegehren zu entscheiden.

Führt der gegebene Ausstandsgrund zur Ungültigkeit der Schiedsabrede, d.h. wenn ein ganz bestimmter Schiedsrichter bereits im Schiedsvertrag bezeichnet worden ist und sich nachträglich ein Ausstandsgrund verwirklicht hat, so kann dies auch mit der Unzuständigkeitseinrede geltend gemacht werden und dessen Entscheid im Kanton Zürich mit Rekurs ans Obergericht weiter gezogen werden (3).

Wird das Ausstandsbegehren erst nach Fällung des Schiedsspruches gestellt, weil z.B. erst im Nachhinein eine enge verwandtschaftliche Beziehung eines Richters zur Gegenpartei bekannt wurde, so hat dies in Zürich auf dem Rechtswege zu geschehen (4), d.h. es ist eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Spruch zu erheben (5).

Die Entscheidung des Ausstandsbegehrens durch eine private Trägerorganisation – wie sie Art. 2 Ziff. 7 der Verfahrensordnung 1975 der Internationalen Handelskammer kennt – ist zwar zulässig, aber die Möglichkeit, die zuständigen staatlichen Instanzen anzurufen, wird davon nicht berührt; sie bleibt weiterhin vollumfänglich erhalten (6). Für die hinten näher zu behandelnde Frage der Präclusion (7) bedeutet dies, wer mit dem Entscheid der Trägerorganisation nicht einverstanden ist, hat die staatliche Instanz anzugehen. An-

1) Konk. Art. 21 in Verb. mit Art. 3 lit. b

2) ZH ZPO § 244

3) Wiget in Sträuli/Messmer § 244 N 10

4) § 244 ZH ZPO in Verb. mit § 102 ZH GVG

5) § 255 ZH ZPO

6) Wiget in Sträuli/Messmer § 244 N 9; Schlosser, ZZP 93 (1980) 153 f.

7) § 3 C

dernfalls ist die betreffende Partei so zu behandeln, wie wenn sie sich im Urteilsstaate gegen die Befangenheit des oder der Schiedsrichter nicht zur Wehr gesetzt hätte.

C) IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

I. Die rechtliche Grundlage

Das Bundesverfassungsgericht spricht sich gleichfalls für den Grundrechtscharakter der richterlichen Unabhängigkeit aus. Dabei stützt es sich, was die Weisungsfreiheit und somit die Staatsunabhängigkeit anbelangt, auf Art. 97 Abs. 1 GG; was hingegen die Unbeteiligtheit des Richters - also die Parteiunabhängigkeit und die Gesellschaftsunabhängigkeit - betrifft, auf Art. 10 Abs. 1 Satz 2 GG (1).

Desweiteren gewährleistet die höchstrichterliche Rechtsprechung dem Einzelnen von Verfassungen wegen ein Ablehnungsrecht gegenüber dem befangenen Richter (2).

Dabei steht es zwar dem einfachen Gesetzgeber frei, die Einzelheiten bezüglich des Katalogs der Ausschliessungs- und Ablehnungsgründe zu bestimmen, aber dem Grundsatz, die Unparteilichkeit und Neutralität des Richters zu sichern, wird vom Bundesverfassungsgericht in der Weise Nachachtung verschafft, dass es dem Zweck des Grundgesetzes widersprechende gesetzliche Regeln als nichtig erklärt (3).

Da - wie Habscheid zeigt (4) - auch die Tätigkeit der Schiedsrichter Rechtspflege im Sinne des Grundgesetzes ist, lassen sich die Grundsätze bezüglich Unabhängigkeit der staatlichen Richter nicht nur auf die Schiedsrichter übertragen, sondern es drängt sich diese Analogie geradezu auf, weil bekanntlich ein Schiedsspruch die glei-

1) BVerfGE 21, 145 f.

2) BVerfGE 21, 146

3) BVerfGE 21, 148

4) Habscheid NJW 15 I (1962) 6 ff.

chen Wirkungen entfalten soll wie ein Urteil eines staatlichen Gerichts.

II. Das Verfahren

Der Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen wie der staatliche Richter abgelehnt werden (1). Der Entscheid über das Ablehnungsgesuch steht dem staatlichen Richter zu, und zwar dem Amts- oder Landesgericht, das im Schiedsvertrag als zuständig bezeichnet wurde, oder, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, dem Amts- oder Landesgericht, das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde (2).

Nach Ausfällung des Schiedsspruches ist grundsätzlich kein Ablehnungsgesuch mehr möglich (3). Der Bundesgerichtshof lässt jedoch Ausnahmen hievon zu, wenn ein sogenannter absoluter Untauglichkeitsgrund (4) vorgelegen hat oder wenn es einer Partei nicht möglich oder zumutbar gewesen ist, ein Ablehnungsgesuch rechtzeitig zu stellen (5).

D) IN DEN UEBRIGEN LAENDERN

Hier soll lediglich kurz auf die entscheidenden Stellen in den jeweiligen Schiedsordnungen hingewiesen werden, denn eine nähere Abklärung der verfassungsrechtlichen Situation würde den Rahmen sprengen.

1) DZPO § 1032 Abs. 1

2) DZPO § 1045

3) Schwab 96

4) hinten § 3 C II

5) BGH 24, 1 ff.

I. Grossbritannien

Für das englische Recht gilt der Grundsatz, dass der Schiedsrichter ebenso unabhängig zu sein hat wie der Richter am "court" (1). Im "Arbitration Act" von 1950 werden sodann in den "sections" 23 und 24 die einzelnen "Ausstandsgründe" bzw. "Aufhebungsgründe" für den Schiedsspruch angeführt (2).

Es kann also sowohl der Schiedsrichter abgelehnt als auch der Spruch angefochten werden, wobei im einen wie im andern Fall der "High Court" zuständig ist (3).

II. Vereinigte Staaten von Amerika

In Amerika kennt man eigentlich kein Rechtsinstitut, das unserem Ausstand der Richter bzw. Schiedsrichter entsprechen würde (4), sondern ein Schiedsspruch, an dem ein befangener Schiedsrichter mitgewirkt hat, kann aufgehoben werden (5). Dies ist sowohl in Federal Arbitration Act (FAA) in § 10 lit. b (6) als auch in Uniform Arbitration Act (UAA) in sect. 12 lit. a Abs. 2 (7) in dieser Weise geregelt.

Hingegen kennen die "Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association" (AAA) - die Regeln der bedeutendsten privaten amerikanischen Schiedsgerichtsorganisation ein unserem System vergleichbares Institut der Schiedsrichterablehnung (8): Der Schiedsrichter ist der AAA gegenüber zur Aufklärung sämtlicher Umstände, die ihn als befangen erscheinen lassen, verpflichtet. Alsdann informiert die AAA die Parteien darüber, entscheidet aber

1) Gill, Yearbook 1977, 97

2) Wetter, Vol. IV 345

3) Gill, Yearbook 1977, 98

4) Holtzmann, Yearbook 1977, 125

5) Holtzmann, Yearbook 1977, 124

6) Wetter, Vol. IV 307

7) Wetter, Vol. IV 333

8) Schlosser II 216

selbst über die Disqualifikation des Schiedsrichters, wobei der Ausschluss endgültig ist. Belässt aber die AAA den Schiedsrichter im Amt, so kann die damit nicht einverständene Partei trotzdem noch die Aufhebung des Schiedsspruches im oben erwähnten Sinne vor dem "court" beantragen (1).

III. Frankreich

In Frankreich werden die Schiedsrichter von den Parteien im sogenannten "compromis" (Schiedsrichtervertrag) bezeichnet, und Art. 1014 "code de procédure civile (ancien)" beschränkt die Ablehnung der Schiedsrichter auf die Fälle, wo der Grund der Ablehnung erst nach dem "compromis" eingetreten ist (2).

Ueber die Gründe der Ablehnung im einzelnen wird im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit nichts gesagt, und es bleibt nichts anderes übrig als die für die Richter allgemein geltenden Gründe analog anzuwenden, allerdings sind nicht sämtliche übertragbar auf die Schiedsgerichtsbarkeit und z.T. bedürfen sie auch der Ergänzung (3).

Die einzelnen Ablehnungsgründe sind in der "loi No. 72-626 du 5 juillet 1972 art. 8.1" neu formuliert worden, auf welche im Art. 341 "nouveau code de procédure civile" verwiesen wird. Nach diesem Artikel dürfen nur die im Gesetz aufgezählten Ablehnungsgründe zur Anwendung gebracht werden, dabei kennt Frankreich keine Generalklausel wie etwa das deutsche oder schweizerische Recht; im übrigen entsprechen aber die Gründe im grossen und ganzen den unsrigen.

1) Holtzmann, Yearbook 1977, 126

2) Robert I no 148

3) Robert I no 148

IV. Schweden

Der "Swedish Arbitration Act" (SAA) von 1929 enthält eine lange Liste von Gründen, welche zur Ablehnung des Schiedsrichters führen, mit dem Ziel, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu sichern (1).

Section 5 des SAA kennt neben den üblichen Ablehnungsgründen - wie etwa nahe Verwandtschaft - auch eine Generalklausel in Ziff. 4, welche die Ablehnung vorsieht, wenn irgendein besonderer Umstand vorliegt, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtschaffenheit oder Unparteilichkeit des Richters zu verringern (2).

Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Schiedsgericht selbst, denn die h.L. in Schweden verneint ein Recht des staatlichen Gerichts, sich dazu zu äussern, solange das Verfahren vor dem Schiedsgerichts hängig ist. Erst der Spruch des Schiedsgerichts kann dann wegen fehlender Unabhängigkeit eines Schiedsrichters angefochten werden (3).

V. UdSSR

Dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters vom Staat wie auch gegenüber den Parteien wird auch in der Sowjetunion nachgelebt; er hat seinen Niederschlag expressis verbis in Art. 4 des neuen Statuts der Sowjetischen Aussenhandels-Schiedsgerichtsbarkeitskommission sowie in deren neuen Reglement unter Ziff. 4.2 gefunden.

Der befangene Schiedsrichter kann gemäss Art. 22 der Schiedsverordnung abgelehnt werden, wobei die übrigen Schiedsrichter über das Ablehnungsgesuch entscheiden. Werden sie sich nicht einig, so entscheidet der Präsident der Aussenhandels-Schiedsgerichtsbarkeitskommission.

1) Holmbäck/Mangard, Yearbook 1978, 166

2) Wetter, Vol. IV 365

3) SSA 21, Arbitration in Sweden 67

Praktisch gleich geordnet ist das Ablehnungsverfahren in den Regeln der Seeschiffahrts-Schiedsgerichtsbarkeitskommission (1).

Allerdings gilt es zu bemerken, dass die Bestimmungen über die Ablehnung der Schiedsrichter in der Sowjetunion bisher kaum eine praktische Bedeutung erlangt haben, denn es ist kein Fall bekannt, in dem eine Partei ein Ablehnungsgesuch gestellt hätte, lediglich in einigen wenigen Fällen haben Schiedsrichter von ihrem Recht wegen Befangenheit das Mandat abzulehnen Gebrauch gemacht (2).

E) ZUSAMMENFASSUNG

Es kennen sämtliche hier untersuchten Staaten die Garantie der richterlichen und schiedsrichterlichen Unabhängigkeit sowie ein Verfahren zu deren Geltendmachung. Im Prinzip sind die Gründe, die zum Ausschluss oder zur Ablehnung des Schiedsrichters bzw. zur Aufhebung des Spruchs führen, sehr ähnlich ausgestattet in den einzelnen Rechtsordnungen; deshalb kann sich m.E. die folgende Untersuchung aus Zweckmässigkeitsgründen bei eindeutigen Fällen auf einen Vergleich mit der deutschen Regelung beschränken, während eine eingehendere Rechtsvergleichung dann vorzunehmen ist, wenn die verschiedenen Rechtsauffassungen offensichtlich voneinander abweichen.

1) Lebedev, Yearbook 1976, 97

2) Waehler in Pfaff 469

§ 3 ALLGEMEINES ZUR PARTEIUNABHÄNGIGKEIT

A) VORGEHEN

Da wie bei jeder Verfahrenskontrolle im internationalen Bereich zwei Ueberprüfungsmechanismen (1) zur Diskussion stehen - nämlich einerseits die Kontrolle anhand des anwendbaren Verfahrensrechtes und andererseits die Ueberprüfung am Massstab des ordre public des Vollstreckungsstaates -, muss im folgenden dem einen wie dem anderen nachgegangen werden.

Notwendigerweise steht dabei die Frage nach der Ueberprüfung aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechtes an erster Stelle. Im Zusammenhang damit stellt sich sodann die Frage, ob nicht die Partei ihres Rechtes zur Anfechtung durch passives Verhalten während des Schiedsverfahrens verlustig gegangen ist. Und abschliessend wird auf die Ausstandsgründe im einzelnen einzugehen sein.

Auszuklammern und getrennt hievon zu betrachten wäre das Problem, inwieweit die Parteien gesetzlich vorgesehene Ausstandsgründe bzw. den Rechtsweg zu deren Geltendmachung im voraus abbedingen können, ohne die Grenzen der Parteiautonomie zu überschreiten.

B) DIE UEBERPRUEFUNG AUFGRUND DES ANWENDBAREN VERFAHRENSRECHTS

Bevor der Exequaturrichter auf den ordre public zurückgreifen kann, hat er sämtliche andere Möglichkeiten der Anerkennungs- und Vollstreckungsverweigerung zu überprüfen, denn die Vorbehaltsklausel stellt die letzte Schranke von der Anerkennung und Vollstreckung dar (2).

1) Schlosser I Nr. 694

2) vgl. z.B. die Systematik von Art. V NYU

I. Beim Bestehen eines Staatsvertrages

Liegt ein Staatsvertrag mit dem betreffenden Lande vor, so gibt er in der Regel darüber Auskunft, inwieweit im Vollstreckungsverfahren eine Ueberprüfung aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechtes zulässig ist.

1. DAS NEW YORKER UEBEREINKOMMEN VOM 10.6.1958

Gemäss Art. V Abs. 1 lit. d des NYÜ kann die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches versagt werden, wenn

"... die Bildung des Schiedsgerichtes oder das schiedsrichterliche Verfahren der Vereinbarung der Parteien oder, mangels einer solchen Vereinbarung, dem Recht des Landes, in dem das schiedsrichterliche Verfahren stattfand, nicht entsprochen hat, ..."

Zur korrekten Bildung des Schiedsgerichts und zum korrekten schiedsrichterlichen Verfahren gehört nun auch, wie vorn (1) gezeigt, in allen hier interessierenden Ländern die Bestellung von unabhängigen und unparteiischen Richtern bzw. die Möglichkeit der Ablehnung von befangenen Schiedsrichtern oder die Aufhebung des Spruchs, an dem ein solcher teilgenommen hat.

Wenn also ein nach dem Recht des Urteilslandes ablehnbarer Schiedsrichter auf der Richterbank sass, so kann dieser Mangel im Vollstreckungsverfahren unter folgenden Voraussetzungen im Exequaturstaate berücksichtigt werden: Erstens darf keine Präklusion nach dem anwendbaren Verfahrensrecht eingetreten sein vor Ausfällung des Schiedsspruches, denn das würde bedeuten, dass gar kein Mangel mehr vorliegt, dass der Mangel geheilt worden ist (2). Zweitens muss der gerügte Mangel an der Unabhängigkeit des Schiedsrichters wesentlich bzw. kausal gewesen sein für die "unrichtige" Entscheidung des Schiedsgerichts, d.h. er muss das Entscheidungsergebnis

1) vorn § 2 B, C und D

2) Schlosser I Nr. 713

beeinflussen haben können. Denn der gegenteilige Fall, wenn also ausgeschlossen werden kann, dass der Mangel den Spruch beeinflusst hat, rechtfertigt keine Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung (1).

Diese Wesentlichkeit bzw. Kausalität ist aber m.E. immer gegeben, wenn ein befangener Schiedsrichter an einer Entscheidung mitgewirkt hat, denn man kann nicht ausschliessen, dass der Schiedsspruch durch diesen Umstand beeinflusst wurde.

Anders als das Genfer Abkommen (2) gibt das New Yorker Abkommen keinen näheren Aufschluss darüber, wie zu entscheiden sei, wenn der Mangel bereits in einem besonderen Verfahren im Urteilsstaat geltend gemacht und die Partei mit ihrer "Anfechtung" abgewiesen worden ist. Richtigerweise drängt sich aber dieselbe Lösung auf, d.h. der Vollstreckungsrichter kann nicht noch einmal eine Ueberprüfung aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechtes vornehmen, sondern er hat sich auf die ordre public-Kontrolle zu beschränken (3).

2. DAS GENFER ABKOMMEN ZUR VOLLSTRECKUNG AUSLAENDISCHER SCHIEDSSPRUECHE VOM 26.9.1927

Nach Art. 3 des Abkommens kann die betroffene Partei den Nachweis erbringen, dass sie nach dem Recht, das auf das Schiedsverfahren zur Anwendung gelangt, berechtigt ist, die Gültigkeit des Schiedsspruches anzufechten, worauf dann der Richter entweder die Anerkennung und Vollstreckung verweigern oder der Partei eine angemessene Frist ansetzen kann, um die Aufhebungsklage vor dem zuständigen Gericht im Erststaat zu erheben.

Dieser Artikel enthält zwei wichtige Aussagen: Ist erstens die Anfechtung im Erststaat nicht mehr möglich, so kann auch der Ein-

1) vorn 2. Teil: § 8 A II; Schlosser I Nr. 714

2) hinten Ziff. 2

3) vgl. BGE 93 I 55

wand im Exequaturverfahren nicht mehr geltend gemacht werden (1). Gleich ist zu entscheiden, wenn der Einwand bereits im Urteilsstaat geltend gemacht und die Partei damit abgewiesen worden ist, denn auch dann kann die Entscheidung im Erststaat nicht mehr angefochten werden. Vorbehalten bleibt in beiden Fällen natürlich die ordre public-Kontrolle.

Zweitens hat der Vollstreckungsrichter die Möglichkeit, entweder selbst die Kontrolle aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechtes vorzunehmen, oder er kann die Vollstreckbarkeitsentscheidung aussetzen und die Angelegenheit dem Richter im Erststaat überlassen. Aus Gründen der Prozessökonomie sollte aber der Exequaturrichter nur in Ausnahmefällen von der zweiten Möglichkeit Gebrauch machen und ansonsten die Entscheidung selbst treffen.

II. Beim Fehlen eines Staatsvertrages

§ 302 der Zürcher ZPO ist massgebend für die Akzeptation von ausländischen Entscheidungen, sei es von staatlichen Gerichten oder von Schiedsgerichten, falls kein Staatsvertrag vorliegt (2). Hierin ist nun lediglich eine ordre public-Kontrolle vorgesehen; eine Ueberprüfung aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechtes findet also nicht statt, denn eine solche ist immer als Ausnahme von der Regel zu betrachten und kann deshalb nicht in das Gesetz hineininterpretiert werden (3).

Wie vorn gezeigt, kann jedoch u.U. die Verletzung bzw. Einhaltung der ausländischen Verfahrensvorschriften von Bedeutung sein bei der Anwendung der Vorbehaltsklausel im Vollstreckungsstaat (4).

1) Schlosser I Nr. 713

2) Wiget in Sträuli/Messmer N 6 nach § 258

3) vorn 2. Teil: § 8 B

4) vorn 1. Teil: § 2 IV

C) DIE PRAECLUSION BEI DER ORDRE PUBLIC-KONTROLLE

I. Die Ausschluss- und Ablehnungsgründe im schweizerischen Recht

Die herrschende Lehre unterscheidet im innerstaatlichen Bereich zwischen Ausschluss- und Ablehnungsgründen, wobei die Grenze zwischen Ausschluss und Ablehnung eine fließende ist und vom Gesetzgeber in der Absicht und in der Art und Weise gezogen worden ist, dass einerseits das Vorliegen von Tatsachen, die eine sachliche, freie Rechtsprechung durch den Richter verunmöglichen oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit in Frage stellen, den Ausschluss des betreffenden Richters zur Folge hat. Andererseits kann bei weniger schwerwiegenden Fällen, wo dennoch eine Beeinflussung des Richters zu befürchten ist, ein Ablehnungsgesuch gestellt werden (1).

Dementsprechend gestalten sich auch die Rechtsfolgen unterschiedlich: So führt nach dem neuen zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz die Nichtbeachtung eines Ausschlussgrundes rückwirkend zur Aufhebung sämtlicher Entscheide, an denen der betreffende Richter teilgenommen hat. Bei einem Ablehnungsgrund jedoch wirkt die Anfechtbarkeit erst seit Stellung des Begehrens (2). Entscheide vor Stellung des Ablehnungsbegehrens bleiben unanfechtbar (3).

Diese Unterscheidung gilt es sicherlich zu beachten, wenn die Partei eine rechtliche Möglichkeit gehabt hat, den Mangel bereits im Urteilsstaat geltend zu machen (4). An dieser Stelle taucht nun die Frage auf, ob die anfechtende Partei eine Last trifft ihre Vorbehalte bezüglich der Parteiunabhängigkeit, die sie im Vollstreckungsverfahren vorbringen will, bereits in irgendeiner Form im Verfahren vor dem Schiedsgericht vorzutragen, auch wenn im Urteilsstaat gar keine rechtliche oder faktisch zumutbare Möglichkeit zur Geltendmachung besteht.

Bevor aber die Antwort für unser Recht gegeben werden soll, scheint ein rechtsvergleichender Blick über die Grenze angebracht.

1) Geiser 28

2) § 102 GVG; Walder 82

3) Walder 84

4) vgl. auch hinten Ziff. III

II. Die Ablehnung und die absolute Untauglichkeit im deutschen Recht

Im Gegensatz zum Verfahren vor dem ordentlichen Richter kennt das deutsche Recht bezüglich des Schiedsrichters keinen Ausschluss; vielmehr müssen sowohl Ausschluss- wie Ablehnungsgründe durch ein Ablehnungsgesuch geltend gemacht werden (1). Nach Ausfällung des Schiedsspruches besteht grundsätzlich nach Gesetz keine Möglichkeit mehr, dies geltend zu machen. Die Lehre und Rechtsprechung haben allerdings gewisse Untauglichkeitsgründe entwickelt, die zur Aufhebung des Schiedsspruches nach § 1041 Abs. 1 Nr. 2 DZPO führen (2), wenn die "öffentliche Ordnung" durch die Anerkennung des Schiedsspruches verletzt würde. Diese innerstaatlichen Grundsätze werden dann im wesentlichen auch auf die internationalen Verhältnisse übertragen, wobei sich die Praxis dann auf den fast gleichlautenden § 1044 Abs. 2 Nr. 2 DZPO stützt (3).

Dabei bilden jedoch die Ausschlussgründe für den staatlichen Richter nicht regelmässig die Untauglichkeitsgründe für den Schiedsrichter; sondern man hat versucht, ein System von Aufhebungsgründen herauszuarbeiten, das der Sonderstellung der Schiedsgerichte Rechnung trägt (4). Für die übrigen Ablehnungsgründe gilt im deutschen Recht, dass sie rückwirkend nicht mehr geltend gemacht werden können (5).

Schlosser hebt zwar die Bedeutung der Geltendmachung der Parteilichkeitsgründe im Schiedsverfahren deutlich hervor (6), ansonsten Präclusion droht; räumt aber der Partei bei fehlender Ablehnungsmöglichkeit die uneingeschränkte Geltendmachung sämtlicher "Befangenheits"-Gründe ein (7)(8). Er verneint also bei rechtlicher oder

1) Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 2

2) Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 2; Kornblum 6 ff. und 129 ff.

3) Schlosser I Nr. 708

4) Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 2

5) Schlosser I Nr. 708

6) Schlosser I Nr. 713

7) Schlosser I Nr. 708

8) zu den "Befangenheits"-Gründen vgl. Schlosser I Nr. 463-470

faktischer Unmöglichkeit zur Geltendmachung der fehlenden Partei-unabhängigkeit im Urteilsstaat eine Pflicht bzw. Last der betreffenden Partei, diesbezüglich Vorbehalte bereits im schiedsgerichtlichen Verfahren anbringen zu müssen (1).

III. Die Präclusion im schweizerischen Recht

Das schweizerische Bundesgericht musste bisher nur zur Frage Stellung nehmen, wie zu entscheiden ist, wenn die Partei eine Möglichkeit hatte, im Schiedsverfahren oder unmittelbar nachträglich einen Ausstandsgrund geltend zu machen (2). Dies liegt wohl daran, dass sämtliche uns bekannten Rechtsordnungen irgendein Institut kennen, das die schiedsrichterliche Unabhängigkeit garantiert (3).

Dennoch lässt sich der Standpunkt des Bundesgerichts erahnen, wie es die Frage entscheiden würde, wenn die Partei keine rechtliche Möglichkeit gehabt hätte, die fehlende Unparteilichkeit im Urteilsstaat geltend zu machen.

Als Ausgangspunkt lässt sich festhalten, dass es im innerstaatlichen Bereich die Berufung auf die fehlende Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes auch noch im Vollstreckungsverfahren zulässt, und zwar unabhängig davon, ob der Mangel schon im Schiedsverfahren gerügt wurde oder nicht (4). Das höchste Gericht weigert sich jedoch, diese Praxis auf die internationalen Verhältnisse zu übertragen; und es stellt sogar die bisherige interkantonale Übung in Anbetracht der scharfen Kritik (5) in Frage (6).

Vielmehr schliesst es sich der Auffassung Guldener's an, zumindest was die internationalen Verhältnisse anbelangt, und erblickt in der

1) Schlosser I Nr. 713

2) z.B. BGE 84 I 61 f.

3) vgl. vorn § 2 B, C und D

4) BGE 80 I 343

5) Guldener ZSR 71 (1952) II 251a ff.

6) BGE 84 I 61 f.

vorbehaltlosen Einlassung vor dem Schiedsgericht und der erst nachträglichen Geltendmachung der fehlenden Parteiunabhängigkeit einen Verstoss gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (1).

Ein solcher Verstoss kann aber nur dann vorliegen, wenn tatsächlich eine Möglichkeit im Urteilsstaat bestanden hat, den Mangel geltend zu machen. Andernfalls würde das Beharren auf einer Pflicht zur Aeussderung eines Vorbehaltes durch die betreffende Partei nicht nur diametral zur bisherigen innerstaatlich geübten Praxis stehen, sondern es gilt auch zu beachten, dass die betreffende Partei gar nicht wüsste, auf welche Art und Weise sie einen solchen Vorbehalt zu formulieren und an wen sie sich damit zu wenden hätte. Infolgedessen kann also von der betroffenen Partei keine "Rüge" im schiedsgerichtlichen Verfahren verlangt werden, wenn gar keine rechtliche Möglichkeit bestanden hat, die Parteilichkeit des Schiedsrichters geltend zu machen im Erststaat; vielmehr können in diesem Fall im Vollstreckungsverfahren sämtliche diesbezüglichen Gründe geltend gemacht werden.

Aus den obigen Ausführungen geht auch hervor, dass der rechtlichen Unmöglichkeit einer Ablehnung des befangenen Schiedsrichters die faktische Unmöglichkeit gleichzustellen ist, denn wenn der Partei nach Treu und Glauben eine Anfechtung im Urteilsstaat nicht zuzumuten ist, so kann sie durch Unterlassung derselben nicht gegen den nämlichen Grundsatz verstossen. Allerdings müssen gewichtige Tatsachen gegen die faktische Möglichkeit einer Geltendmachung des Mangels sprechen, es muss wirklich geradezu aussichtslos erscheinen, andernfalls ist eben die Anfechtung der Partei durchaus noch zuzumuten; von Aussichtslosigkeit kann z.B. dann gesprochen werden, wenn im Urteilsstaat der betreffende Ausstandsgrund gar nicht bekannt ist (2).

Also auch im Falle der Unzumutbarkeit bzw. Aussichtslosigkeit der Geltendmachung der fehlenden Parteiunabhängigkeit im Urteilsstaat

1) BGE 84 I 62, 93 I 60/61

2) Schlosser I Nr. 713

ist die betr. Partei im Vollstreckungsverfahren mit sämtlichen bezüglichlichen Gründen zu hören. Bestand aber eine Möglichkeit der Anfechtung – dies sei nochmals betont –, so verwirkt die Partei nach Auffassung des Bundesgerichtes ihr Recht, sich auf die mangelnde Unabhängigkeit des ausländischen Schiedsrichters zu berufen, wenn sie sich vorbehaltlos auf das Verfahren vor demselben eingelassen hatte (1).

Dennoch stellt sich m.E. die Frage, ob nicht gewisse, schwerwiegende Verstöße gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit des Schiedsrichters – wie etwa die Identität von Schiedsrichter und Partei – um der öffentlichen Ordnung willen zur Nichtanerkennung führen sollten (2), unbeachtet dessen, ob sich die Partei im Erststaat dagegen gewehrt hat oder nicht. Die Antwort hierauf kann aber nur im Zusammenhang mit den einzelnen "Parteilichkeits"-Gründen gegeben werden.

1) BGE 84 I 61 f.

2) vgl. BGE 80 I 343

§ 4 DIE "PARTEILICHKEITS"-GRÜNDE IM EINZELNEN

A) VORBEMERKUNG

Wie bereits gezeigt worden ist, decken sich in der deutschen Lehre und Rechtsprechung die Ausschlussgründe für die staatlichen Richter nicht vollständig mit den Untauglichkeitsgründen für die Schiedsrichter; vielmehr wurde ein System von Aufhebungsgründen geschaffen, das den Eigenheiten des Schiedsgerichts Rechnung trägt (1).

Besonderheiten des Schiedsgerichts, wie etwa die Bestellung der Richter durch die Parteien und das daraus entspringende, engere Vertrauensverhältnis zwischen Richter und wählender Partei, gilt es auch bei der Bestimmung des Inhalts des *ordre public* entsprechend zu berücksichtigen; zudem haben sich auch hierzulande in der praktischen Handhabung der Ausstandsregeln – wiewohl die Normen für Richter und Schiedsrichter identisch sind (2) – gewisse Unterschiede herauskristallisiert (3).

B) IDENTITÄT VON SCHIEDSRICHTER UND PARTEI

I. Grundsatz

Unumstritten ist der Satz, dass niemand sein eigener Richter sein kann. Das Bundesgericht erhebt diese Aussage schon in frühen Jahren zu einem Fundamentalsatz für jeden geordneten Rechtsstaat und erachtet einen solchen Richter als "schlechthin unfähig" (4).

Es versteht sich von selbst, dass dieser Grundsatz zum schweizeri-

1) vgl. vorn § 3 C II; Kornblum 6 ff. und 129 ff.

2) § 244 ZH ZPO; Art. 19 Konk.

3) Geiser 80 ff.

4) BGE 33 I 146

schen ordre public gehört und auch in allen anderen kultivierten Staaten verhält es sich ohne Zweifel gleich (1). Der Tragweite und Wichtigkeit dieses Prinzips zufolge kann wohl dieser Ausschlussgrund auch erst im Vollstreckungsstaate geltend gemacht werden (2). Der Exequaturrichter darf m.E. noch einen Schritt weiter gehen und diesen schwerwiegenden Verstoss gegen die richterliche Unabhängigkeit von Amtes wegen berücksichtigen (3), mit andern Worten, die Parteien können auf die Geltendmachung dieses Mangels nicht verzichten.

II. Gesetzlicher Vertreter

Sicherlich ist der gesetzliche Vertreter einer natürlichen Person in Anbetracht seiner Interessenkonfliktsituation dem Richter "in eigener Sache" gleichzustellen. Dies kommt auch in der Systematik der Ausschlussgründe im zürcherischen Recht zum Ausdruck (4), steht doch dieser Grund im Gesetz unmittelbar nach dem Richter "in eigener Sache" an zweiter Stelle. Nicht anders verhält es sich im deutschen Recht, wo man den gesetzlichen Vertreter einer Partei auch vom Schiedsrichteramt ausgeschlossen haben will (5). Ein solch schwerwiegender Mangel an richterlicher Unparteilichkeit muss als Verletzung des ordre public betrachtet werden (6).

Wie das Richten "in eigener Sache" ist auch die Ausübung des Richteramtes durch den gesetzlichen Vertreter ein Grund, der unabhängig vom Verhalten der Parteien zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung führen sollte, handelt es sich doch ebenfalls um ein grundlegendes Prinzip der geordneten Rechtspflege, dessen Beachtung nicht vom Parteiwillen abhängig sein darf (7).

1) Schlosser I Nr. 464

2) Schlosser I Nr. 713

3) vgl. vorn 1. Teil: § 2 B I 2

4) § 95 Ziff. 2 GVG

5) DZPO § 41 Nr. 4; Kornblum 150

6) vgl. BGE 33 I 146

7) Schlosser I Nr. 713 in Verb. mit Nr. 464

III. Geschäftsführende Organe einer juristischen Person

Die geschäftsführenden Organe einer juristischen Person, d.h. z.B. bei einer schweizerischen Aktiengesellschaft die Verwaltungsratsmitglieder, nehmen im Prozess bekanntlich Parteistellung ein und müssen deshalb vom Richteramte absolut ausgeschlossen sein, da auch sie "in eigener Sache" amten würden (1). Dem Schiedsspruch, der unter Mitwirkung eines geschäftsführenden Organs einer Partei als Richter zustandegekommen ist, ist aus diesem Grunde unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern.

Auch in diesen Fällen schwerstwiegender Parteilichkeit dürfte eine vorbehaltlose Einlassung vor dem Schiedsgerichte nichts an der Tatsache ändern, dass der Mangel noch im Vollstreckungsverfahren geltend gemacht werden kann (2). Man kann sich auch hier auf den Standpunkt stellen, der Vollstreckungsrichter hätte den Mangel von Amtes wegen zu beachten und die Akzeption zu versagen (3).

IV. Weitere mit der Geschäftsführung betraute Personen

Weitere mit der Geschäftsführung einer juristischen Person betraute Personen, wie etwa Direktoren und Prokuristen in leitender Stellung, stehen vor einem nicht minder grossen Interessenkonflikt als die geschäftsführenden Organe, wenn sie auf der Richterbank sitzen. Wiewohl ihnen keine Parteistellung *ipso iure* zukommt, können sie durchaus berechtigt sein, Prozesse für die betreffende juristische Person zu führen. Sollten sie gerade in jenem Prozesse, wo sie als Schiedsrichter gewählt wurden, auch noch die Partei vertreten haben, verhält sich die Sache nicht anders als soeben beschrieben. Es liegt wiederum eine Identität von Partei bzw. Vertreter der Partei und Richter vor, das Urteil ergeht "in eigener Sache", und die

1) Ottomann 91 f.; Kornblum 147 ff.

2) Schlosser I Nr. 713 und 464

3) vgl. auch vorn Ziff. I

Akzeption des Spruchs ist unvereinbar mit dem schweizerischen ordre public; zudem kann sie wohl auch von Amtes wegen versagt werden, unabhängig vom Verhalten der Parteien.

Wenn andererseits ein Direktor oder ein leitender Prokurist der Gesellschaft im Richterkollegium sitzt, nicht aber den Prozess führt, so ist seine Befangenheit in der Regel doch derart gross, dass er vom Schiedsrichteramte ausgeschlossen werden kann (1). Da aber Ausnahmen denkbar sind, z.B. wenn beide Parteien je einen Direktor ihrer Firma als Schiedsrichter bezeichnen und diese einen neutralen Obmann wählen, wenn man also auf beiden Seiten von einem "parteischiedsrichter" (2) sprechen kann, muss der Wille der Parteien berücksichtigt werden; d.h. bei der Geltendmachung dieses Tatbestandes im Vollstreckungsverfahren kommt es darauf an, ob sich die betr. Partei im Schiedsverfahren vorbehaltlos eingelassen oder ob sie erfolglos die Richterwahl angefochten hat. M.E. ist die Partei bei vorbehaltloser Einlassung mit der Einrede der Befangenheit im Vollstreckungsverfahren nicht mehr zu hören, da ihr Verhalten alsdann gegen Treu und Glauben verstiesse (3). Hat sie sich hingegen im Urteilsstaat erfolglos gegen die Teilnahme der parteiischen Schiedsrichter gewehrt, so kann ihr Einwand im Exequaturverfahren beachtet werden; und dem letztlich doch unter Mitwirkung von Richtern "in eigener Sache" ergangenen Spruch ist wegen Verletzung des ordre public die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern.

1) Ottomann 94

2) hinten G II

3) vorn 1. Teil: § 2 B IV 3

V. Mitglieder eines nicht vertretungsberechtigten Organs

Die Mitglieder eines nicht vertretungsberechtigten Organs einer juristischen Person – also z.B. die Mitglieder der Kontrollstelle einer Aktiengesellschaft oder auch die gewöhnlichen Aktionäre – weisen in der Regel ein nicht so enges Verhältnis zur Gesellschaft auf, als dass man sie von vorneherein vom Schiedsrichteramt ausschliessen müsste, vielmehr sind sie in den meisten Gesetzgebungen bloss ablehnbar (1).

So wird denn auch nur ganz ausnahmsweise ein Schiedsspruch, an dem ein nichtvertretungsberechtigtes Organ einer Partei als Richter beteiligt gewesen ist, gegen den *ordre public* verstossen, nämlich nur dann, wenn der Betreffende nachgewiesenermassen in der zur Entscheidung gebrachten Sache besonders engagiert war, wenn er sich z.B. als Kontrollorgan bereits dazu geäussert hatte und somit seine Willensbildung nicht mehr frei gewesen ist (2).

Desweiteren muss in solchen Fällen – handelt es sich doch auch in den nationalen Rechten lediglich um einen Ablehnungsgrund (3) –, verlangt werden, dass sich die benachteiligte Partei bereits im Erststaat dagegen gewehrt hat, ansonsten hat sie ihren Anspruch auf Ablehnung verwirkt, denn wenn schon im innerstaatlichen Bereich keine Rückwirkung der Ablehnung erfolgt, ist eine solche umso mehr im internationalen Verhältnis auszuschliessen (4).

1) § 96 Ziff. 1 ZH-GVG; für die Kontrollstelle vgl. Ottomann 95 f.; für das dt. Recht Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 3b

2) weiteres Beispiel vgl. Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 3b

3) vgl. oben Anm. 1

4) vgl. vorn § 3 C III

VI. Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit

Bei den Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit wird in der Lehre danach unterschieden, ob sie nach aussen hin verselbständigt sind (1) oder nicht (2).

1. NACH AUSSEN HIN NICHT VERSELBSTAENDIGTE PERSONEN- VERBINDUNGEN

Bei nichtverselbständigten Personenverbindungen bilden die Gesellschafter eine notwendige Streitgenossenschaft und sind daher selbst Partei. Sie können demnach niemals in ihrer "eigenen Sache" als Richter oder als Schiedsrichter auftreten. Es sind somit die Regeln analog anwendbar, die Geltung haben, wenn eine einzelne Person ihr eigener Richter ist, d.h. der Schiedsspruch verstösst gegen den ordre public und der Mangel ist unabhängig vom Verhältnis der Parteien von Amtes wegen zu beachten.

2. NACH AUSSEN HIN VERSELBSTAENDIGTE PERSONENVERBINDUNGEN

Bei nach aussen hin verselbständigten Personenverbindungen hingegen kann die jeweilige Gesellschaft unter ihrer Firma nicht nur Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, sondern auch vor Gericht klagen und verklagt werden (3). Sie sind nach h.L. jedoch nicht rechtsfähig (4), dennoch kommt ihnen scheinbar "Parteifähigkeit" zu. Richtig gesehen bildet aber die Firma nur den Namen, unter dem die Gesellschafter nach aussen auftreten, in Tat und Wahrheit sind sie doch selbst Partei (5); und die einzelnen Gesellschafter - gleichviel, ob mit der Geschäftsführung betraut oder

1) so im schweiz. Recht die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, OR 552 ff.

2) so im schweiz. Recht die einfache Gesellschaft, OR 530 ff.

3) OR 562, 602 als Bsp. im schweiz. Recht

4) Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweiz. Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Bern 1976, 208 ff., 224

5) Walder 124

nicht - können demnach nicht als Richter in einer Sache, an der die Gesellschaft beteiligt ist, auftreten.

Diese Personen fallen somit unter das Verbot, dass niemand sein eigener Richter sein darf; und einem Schiedsspruch, der unter Mitwirkung eines solchen Gesellschafters als Richter ergangen ist, ist die Anerkennung und Vollstreckung unter Berufung auf den *ordre public* zu versagen, wohl auch unabhängig vom Verhalten der Parteien.

3. DER BESCHRAENKT HAFTENDE KOMMANDITAER

Eine Ausnahme von der Regel unter Ziff. 2 ist m.E. jedoch zu machen, und zwar betrifft sie den nur beschränkt haftenden Kommanditär einer Kommanditgesellschaft. Da er in der Regel zur Geschäftsführung gar nicht berechtigt ist (1) und auch sonst seine Stellung in der Gesellschaft viele Aehnlichkeiten aufweist mit der Stellung eines Aktionärs in einer Aktiengesellschaft (2), können auf ihn die Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, die vorn entwickelt wurden für die Mitglieder eines nicht vertretungsberechtigten Organs einer juristischen Person (3).

Der Schiedsspruch wird also nur dann wegen Verletzung des *ordre public* nicht zu akzeptieren sein, wenn der betreffende Kommanditär und Richter zu der im Streite gelegenen Sache in einem besonderen Verhältnis steht, z.B. sich im Rahmen seiner beschränkten Kontrollbefugnis bereits dazu geäußert hat und die Gegenpartei im Erststaat erfolglos seinen Ausstand angestrebt hat.

1) OR 600 für das schweiz. Recht

2) Meier-Hayoz/Forstmoser (zit. Anm. 4 S. 198) 227-229

3) vorn Ziff. V

VII. "Mitverpflichteter" Richter

Hat der Richter mit einer Rückgriffsklage zu rechnen, so ist er nach zürcherischem Recht von seinem Amte auszuschliessen (1); dabei zeugt die systematische Stellung dieses Ausschlussgrundes – in der gleichen Ziffer wie das Amten "in eigener Sache" – von seiner Wichtigkeit.

Noch deutlicher ist die Regelung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, die den Ausschlussgrund "in eigener Sache" in der Weise definiert, dass jede Art von unmittelbarem Interesse am Ausgang des Streites zum Ausschluss führt (2), d.h. jede Art von Mitverpflichtung wird als Richten "in eigener Sache" betrachtet (3).

Zum gleichen Ergebnis gelangt auch die deutsche Lehre und zählt den hier zur Diskussion stehenden Tatbestand zu den absoluten Ausschluss- bzw. Untauglichkeitsgründen (4).

Es drängt sich somit der Schluss auf, dass die Beteiligung eines Mitverpflichteten als Richter auch in bezug auf den ordre public-Vorbehalt dem Richten "in eigener Sache" gleichzustellen ist. Dem Schiedsspruch, bei dem ein Mitverpflichteter auf der Richterbank sass, ist also die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen, und zwar unabhängig vom Verhalten der Parteien im Urteilsstaate.

1) § 95 Ziff. 1 GVG (zu eng die Auslegung in Hauser/Hauser aGVG 112 Ziff. 1 N 12)

2) Konk.Art. 18 Abs. 1 verweist auf OG Art. 22 ff. bzgl. des Ausstandes

3) Birchmeier Art. 22 N 4

4) DZPO § 41 Ziff. 1; Kornblum 54 u. 136, 139 f.

VIII. "Mitberechtigter" Richter

Ob nun der Richter Mitverpflichteter oder Mitberechtigter ist, ändert nichts an seiner Interessenkonfliktsituation, er richtet in beiden Fällen "in eigener Sache", hat er doch beide Male ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Prozesses (1). So behandelt denn die deutsche Lehre Mitberechtigung und Mitverpflichtung zu Recht gleich (2). Es ist deshalb auch in diesem Falle des Richtens "in eigener Sache" die Anerkennung und Vollstreckung wegen Verletzung des ordre public zu verweigern, genau so wie wenn Identität zwischen Richter und Partei bestehen würde.

IX. Identität von Schiedsrichter und Nebenpartei

Genügt Mitberechtigung und Mitverpflichtung für sich allein schon zur Ausschliessung, so gilt dies erst recht für den Richter, der als Streitberufener oder Nebenintervenient oder als deren gesetzlicher Vertreter am Prozess teilnimmt (3).

Bezüglich des ordre public bei Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsgerichtsurteilen drängt sich somit folgender Analogieschluss auf: wenn ein Richter zugleich als Nebenpartei am Prozesse teilgenommen hat, ist dem Schiedsspruche die Akzeptation zu versagen, und zwar unabhängig davon, ob die Mitberechtigung bzw. Mitverpflichtung auch tatsächlich besteht, denn bei der am Verfahren beteiligten Nebenpartei ist der Interessenkonflikt regelmässig derart gross, dass ein objektives Urteil nicht zu erwarten ist.

1) Birchmeier Art. 22 N 4

2) DZPO § 41 Ziff. 1; Kornblum 54 u. 139

3) Schütze in Wieczorek § 1025 B III b

C) EHE, VERWANDTSCHAFT UND SCHWAEGERSCHAFT

I. Ehe

Sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen (1) sowie das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (2), auf welches bekanntlich das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit verweist, schliessen den Richter in Sachen seines Ehegatten vom Amte aus. Ebenso ist im deutschen Recht der Richter, der zugleich Ehegatte einer Partei ist, von seinem Amte ausgeschlossen (3).

Während das schweizerische Recht durchwegs das Verlöbnis der Ehe gleichstellt und den mit einer Partei verlobten Richter oder die mit einer solchen verlobten Richterin ausschliesst (4), verneint dies das deutsche Recht und betrachtet den Verlobten einer Partei allenfalls als ablehnbar (5).

Im Gegensatz dazu legt die deutsche Zivilprozessordnung ausdrücklich fest, dass der Ausschlussgrund der Ehe auch nach Auflösung derselben noch weiter besteht (6). Eine entsprechende Regelung findet man hingegen nicht in den hier interessierenden schweizerischen Ordnungen; sie sprechen sich hiezu gar nicht aus (7). Die Kommentatoren Hauser/Hauser erblicken nur dann in der aufgelösten Ehe einen Ausschlussgrund, wenn der Prozess das frühere eheliche Verhältnis berührt, ansonsten halten sie den Richter lediglich für ablehnbar wegen Befangenheit (8).

Aufgrund der obigen Fakten kann folgender Schluss gezogen werden: Während der Ehe mit einer Partei ist nicht nur ein Richter, sondern auch ein Schiedsrichter oder eine Schiedsrichterin vom Amte ausge-

1) Geiser 42; z.B. § 95 Ziff. 1 ZH-GVG

2) OG 22 lit. a

3) DZPO § 41 Ziff. 2

4) z.B. § 95 Ziff. 1 ZH-GVG; OG 22 lit. a; Geiser 42

5) Leopold in Stein-Jonas § 41 III N 10

6) DZPO § 41 Ziff. 2

7) § 95 Ziff. 1 ZH-GVG; OG 22 lit. a

8) aGVG § 112 N 9

schlossen und dem Schiedsspruch, der unter Mitwirkung des Ehegatten (1) einer Partei ergangen ist, ist die Anerkennung und Vollstreckung unter Berufung auf den *ordre public* zu versagen. Die eheliche Beziehung ist nämlich in aller Regel derart eng, dass der Interessenkonflikt, die Voreingenommenheit bzw. Befangenheit des Richters, sich kaum von derjenigen des Richtens "in eigener Sache" unterscheiden lässt. Deshalb ist dieser Tatbestand m.E. ebenfalls unabhängig vom Verhalten der Parteien vom Exequaturrichter zu beachten, denn in diesem Fall - wie auch beim "Richten in eigener Sache" - geht das Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten Rechtspflege den Parteiinteressen vor.

Wie gezeigt, gehen die Regelungen und Meinungen bezüglich der Berücksichtigung des Verhältnisses bzw. nach Auflösung der Ehe auseinander, unbestritten ist jedoch, dass auch in diesen Situationen ein gewisser, nicht zu unterschätzender Grad von Befangenheit vorliegt.

Gerade nun der Schiedsrichter, der nicht immer ein Jurist zu sein braucht, und infolgedessen nicht schon von Berufs wegen zur Sachlichkeit und Neutralität neigt, muss abgelehnt bzw. ausgeschlossen werden können (2). Bleibt also ein Verlobter oder ehemaliger Gatte einer Partei, trotz Widerspruchs im Verfahren vor dem Schiedsgericht durch die eine oder andere Partei auf der Richterbank, so haftet dem Schiedsspruch ein derart schwerwiegender Mangel an, dass der Vollstreckungsrichter die Akzeptation wohl unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* verweigern darf, wenn sich die Partei im Urteilsstaat erfolglos gegen die Mitwirkung des Betreffenden zur Wehr gesetzt hat. Diesen Schluss darf man insbesondere deshalb ziehen, weil die deutsche Lehre und Rechtsprechung den allgemeinen Ablehnungsgrund der Befangenheit als zum deutschen *ordre public* gehörend betrachtet, da auch diese Regelung zum Kreis jener Normen gezählt wird, "die in einer die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens berührenden Frage auf Grund bestimmter

1) auch nach inzwischen erfolgter Auflösung der Ehe

2) Kornblum 144

staatspolitischer, sozialer oder wirtschaftlicher Anschauungen, nicht nur aus blossen Zweckmässigkeitserwägungen" erlassen worden sind (1).

II. Verwandtschaft und Schwägerschaft

Die uns interessierenden schweizerischen Ordnungen schliessen den Richter in Sachen seiner Bluts- und Adoptivverwandten oder Verschwägerten in gerader Linie und bis und mit dem vierten Grade in der Seitenlinie vom Richteramte aus (2). Die Verwandtschaftsgrade sind in anderen Kantonen zwar zum Teil abweichend geregelt, im allgemeinen stimmen sie aber doch mit der zürcherischen bzw. mit der Regelung im Organisationsgesetz überein.

Die deutsche Zivilprozessordnung schliesst ebenfalls die Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie vom Richteramte aus, die Verwandten in der Seitenlinie jedoch nur bis zum dritten Grade und die Verschwägerten gar nur bis zum zweiten Grade (3). Da die Bestimmung der Verwandtschaftsgrade gemäss § 1589 des Bürgerlichen Gesetzbuches mit derjenigen des Art. 20 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches identisch ist, reicht also die Ausschlussung im deutschen Recht bedeutend weniger weit, insbesondere in bezug auf die Schwägerschaft.

Die obige Darstellung zeigt, dass bei Verwandtschaft in gerader Linie gemeinhin der Grad der Befangenheit als sehr gross angesehen wird. Dem kann nur beigespflichtet werden, lebt man doch oft mit den Eltern bzw. Kindern im gemeinsamen Haushalt zusammen und pflegt auch in unserer Gesellschaft, die vom Modell der Kleinfamilie beherrscht wird, regen Kontakt zu den Grosseltern bzw. zu den Enkeln. Die Beziehungen und damit die Interessenkonflikte sind regelmässig sehr stark, und die Unbefangenheit des Richters ist wohl

1) Kornblum in ZJP 91 (1978) 327 und dort zit. Entscheide

2) ZH-GVG § 95 Ziff. 1, OG 22 lit. a in Verbindung mit OG 4

3) DZPO § 41 Ziff. 3

in aller Regel nicht mehr gewährleistet; deshalb darf man sicher den Schluss ziehen, dass dem Schiedsspruche, bei dem ein Verwandter in gerader Linie mitgewirkt hat, die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen ist wegen Unvereinbarkeit mit dem *ordre public*. Das hohe Mass der Befangenheit und der hohe Grad der Wahrscheinlichkeit derselben sowie das Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten Rechtspflege erlauben es wohl, diesen Grund auch dann zu berücksichtigen, wenn er von der betr. Partei erst im Vollstreckungsverfahren vorgebracht wird. Noch ein weiterer Grund spricht hiefür: der Gegner der mit einem Schiedsrichter verwandten Partei oder diese selber, wenn jener ihn ernannt hat, möchte unter Umständen den Schiedsrichter ablehnen, dies ist aber vielleicht im Urteilsstaat nicht möglich oder ihr dort aus besonderen Gründen nicht zuzumuten.

Bei der Verwandtschaft in der Seitenlinie ist sicher die Beziehung zu den Geschwistern derart direkt und eng, dass der Schiedsrichter oder die Schiedsrichterin im allgemeinen nicht das notwendige Mass an Objektivität besitzt. Es lässt sich deshalb eine Gleichstellung mit den Verwandten in gerader Linie bzgl. der Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung rechtfertigen. Schiedssprüchen, bei denen ein Geschwisterteil einer Partei als Schiedsrichter amte, ist die Akzeptation unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* zu verweigern, auch wenn der Einwand erst im Vollstreckungsverfahren erhoben werden sollte.

Umgekehrt darf wohl bei einer weiterläufigen Seitenverwandtschaft von der betreffenden Partei verlangt werden, dass sie sich mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln im Erststaat gegen den betr. Verwandten als Schiedsrichter zur Wehr gesetzt hat, ansonsten sie mit der Einrede im Vollstreckungsverfahren auszuschliessen ist. Nur wenn sich die Partei erfolglos zur Wehr gesetzt hat, können diese im schweizerischen Recht als Ausschlussgründe aufgeführten Verwandtschaftsgrade zur Nichtanerkennung wegen Verletzung des *ordre public* führen.

Die Schwägerschaft in gerader Linie ist wohl wie im innerstaatlichen Bereich der Verwandtschaft in gerader Linie gleichzustellen, d.h. der betreffende Schiedsspruch ist ordre public-widrig und ihm ist, unabhängig vom Verhalten der Parteien im Urteilsstaat, die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen. Was die Anwendung der Vorbehaltsklausel bei Schwägerschaft in der Seitenlinie angeht, drängt sich in derselben Weise wie bei der Verwandtschaft eine Differenzierung auf: m.E. kann - dem deutschen Rechte folgend (1) - die Grenze zwischen "absoluter Untauglichkeit" und damit verbundener Möglichkeit der Geltendmachung im Vollstreckungsverfahren unabhängig vom Verhalten der Parteien im schiedsgerichtlichen Verfahren und blosser "Ablehnbarkeit" gleichfalls beim zweiten Grade in der Seitenlinie gezogen werden.

III. "Mitberechtigung" bzw. "Mitverpflichtung" der Ehegatten, Verwandten oder Verschwägerten

Nach zürcherischem Recht ist die Möglichkeit einer Rückgriffsklage auf den hier zur Diskussion stehenden Personenkreis der Rückgriffsklage gegenüber dem Richter selbst gleichgestellt (2). Ebenso betrachtet das Organisationsgesetz den Richter, dessen Ehegatte oder Verlobter, oder dessen Verwandter oder Verschwägerter in gerader Linie oder bis und mit dem vierten Grade in der Seitenlinie ein unmittelbares Interesse am Ausgange des Streites hat, als vom Amte ausgeschlossen (3). Von einem unmittelbaren Interesse am Ausgang des Streites kann zweifelsohne bei "Mitberechtigung" oder "Mitverpflichtung" einer dieser genannten Personen gesprochen werden (4).

Dem deutschen Recht hingegen ist ein solcher Ausschlussgrund fremd, denn Ziff. 2 und 3 von § 41 DZPO sprechen im Gegensatz

1) Kornblum 144 f.

2) § 95 Ziff. 1 GVG

3) OG 22 lit. a in Verb. mit OG 4

4) Birchmeier Art. 22 N 4

zu Ziff. 1 nur von "in Sachen" der betreffenden Person, nicht aber von "Mitberechtigung" oder "Mitverpflichtung" derselben.

Da beim hier in Frage stehenden Sachverhalt der Ehegatte, Verwandte oder Verschwägte in aller Regel gar nicht am Prozess teilnimmt und der Richter demzufolge oft gar nichts von dessen "Mitverpflichtung" oder "Mitberechtigung" erfährt, wenn dies nicht von einer Partei aufgegriffen wird; erscheint es als durchwegs gerechtfertigt, von der betreffenden Partei zu verlangen, dass sie sich schon im Erststaat dagegen zur Wehr gesetzt hat, ansonsten sie dem Grundsatz von Treu und Glauben folgend mit dieser Einrede nicht mehr zu hören ist im Vollstreckungsverfahren.

Hat sie sich erfolglos zur Wehr gesetzt, so fragt es sich, ob wirklich sämtliche Verwandtschaftsgrade, die im schweizerischen Recht zum Ausschluss führen, zum *ordre public* gezählt werden können. Dies ist aus folgenden Ueberlegungen zu bejahen: Erstens findet man keinen gesetzlich verankerten Grund zur Unterscheidung; deshalb gebietet die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit die Beachtung sämtlicher hier zur Diskussion stehenden Tatbestände. Zweitens kann man der deutschen Lehre und Rechtsprechung folgend nicht nur Ausschluss-, sondern auch Ablehnungsgründe zum *ordre public* zählen (1). Drittens wird man sicher auch im Ausland die "Mitberechtigung" und "Mitverpflichtung" des Ehegatten oder eines Verwandten oder Verschwägerten als Ablehnungsgrund - allenfalls unter der Generalklausel "Besorgnis der Befangenheit" - qualifizieren (2). Somit kann einem solchen Schiedsspruch wegen Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden, sofern sich die betr. Partei erfolglos im Urteilsstaat mit den zur Verfügung stehenden Mitteln zur Wehr gesetzt hat.

1) Kornblum in ZZP 91 (1978) 327; Schlosser I Nr. 708

2) vgl. Leipold in Stein-Jonas § 42 II 4 und 5

D) GESCHENK ODER UNGEBÜHRENDER VORTEIL

Im Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz findet sich neu in Ziff. 4 von § 95 der Ausschlussgrund der Bestechung: Lässt sich der Richter oder Schiedsrichter ein Geschenk oder einen anderen ihm nicht gebührenden Vorteil versprechen oder nimmt er dies an, so ist er von seinem Amte auszuschliessen. In der Weisung des Regierungsrates heisst es zur Begründung des neuen Ausschlussgrundes, dass der Verdacht der Befangenheit in einer die öffentliche Ordnung verletzenden Stärke regelmässig bei diesem Tatbestand gegeben sei (1).

Das Bundesgericht betrachtet zudem allgemein ein Urteil, das durch unlautere Machenschaften erschlichen worden ist, als ordre public-widrig (2). Hierzu gehört sicherlich auch der Fall, der hier zur Diskussion steht, denn die Tatsache allein, dass der Richter ein Geschenk oder einen ihm nicht gebührenden Vorteil annahm oder sich versprechen liess, verletzt das Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise, zumal in der schweizerischen Rechtsordnung sowohl der bestochene Richter (3) als auch die bestechende Partei (4) straffällig werden.

Der Verstoss wiegt zweifelsohne derart schwer, dass die Anerkennung und Vollstreckung des betreffenden Schiedsspruches auch dann zu verweigern ist, wenn die Gegenpartei den Einwand der "Bestechung" erst im Exequaturverfahren vorbringt.

1) Amtsblatt 1971 S. 1971

2) BGE 85 I 47/48

3) StGB 315, 316

4) StGB 288

E) MITWIRKUNG ALS RICHTER ODER SCHIEDSRICHTER AN
EINER FRUEHEREN ENTSCHEIDUNG IN GLEICHER SACHE

Hat der Richter oder Schiedsrichter in der gleichen Sache bereits an einem Entscheid unterer Instanz mitgewirkt, so ist er in Bund und Kantonen von seinem Amte ausgeschlossen (1).

Nicht anders ist die Regelung in der deutschen Zivilprozessordnung, die in § 41 Ziff. 6 den Richter ebenfalls gänzlich von seinem Amte ausschliesst.

Die Mitwirkung eines Richters in einer Sache, die er bereits entschieden hat, insbesondere bei der Ueberprüfung im Rechtsmittelverfahren, verstösst zutiefst gegen unser Rechtsempfinden und widerspricht den Vorstellungen einer geordneten Rechtspflege. Man denke nur an den Fall, wo ein Obmann des Schiedsgerichts als Oberrichter selbst über die Nichtigkeitsbeschwerde seines Spruches urteilen würde! Einem Schiedsspruche, der an einem solchen Mangel leidet, ist deshalb unter dem Gesichtspunkt des ordre public die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern, insbesondere wenn die betreffende Partei diesen Mangel im Urteilsstaat erfolglos geltend gemacht hat oder wenn eine Anfechtung - mangels eines weiteren Rechtsmittels - gar nicht mehr möglich war. Man kann auch die Meinung vertreten, der Mangel sei derart schwerwiegend, dass sich die betr. Partei erst im Vollstreckungsverfahren darauf zu berufen brauche.

1) OG 22 lit. b; ZH-GVG § 95 Ziff. 3

F) IDENTITÄT VON RICHTER UND ZEUGE ODER SACHVERSTÄNDIGER BZW. SCHIEDSGUTACHTER

1. Identität von Richter und Zeuge oder Sachverständiger

Die Zürcherische Regelung hält den Richter, der als Zeuge oder Sachverständiger gehandelt hat oder noch zu handeln hat, lediglich für ablehnbar (1); das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege hingegen betrachtet denselben Tatbestand als Ausschlussgrund (2).

Das deutsche Recht entspricht der Regelung im Organisationsgesetz, der Richter ist also ipso iure von seinem Amte ausgeschlossen (3).

Der hier zur Diskussion stehende Interessenkonflikt (der Richter müsste über die Glaubwürdigkeit und Ueberzeugungskraft seiner eigenen Aussagen urteilen), lässt doch erhebliche Zweifel an der Objektivität des Richters aufkommen. Niemand, mag er auch noch so pflichtbewusst sein, kann unvoreingenommen über seine eigenen Aussagen urteilen (4), und zudem würde er sich – wenn auch nur in ganz seltenen Fällen – der Gefahr einer Strafverfolgung wegen falschem Zeugnis aussetzen. Es erscheint somit mehr als gerechtfertigt, dass ein solcher Richter nicht weiter amten darf, zumindest nicht gegen den Willen einer Partei. Eine bezügliche Willensäußerung der betreffenden Partei darf man denn auch schon im Verfahren vor dem Schiedsgericht verlangen, da ihr dieser Tatbestand regelmässig bekannt sein dürfte und sie sich gegenteiligfalls mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Widerspruch setzen würde, wenn sie mit der Geltendmachung des Befangenheitsgrundes zuwarten würde.

Einem Schiedsspruch, bei dem ein Richter zugleich als Zeuge oder Sachverständiger gegen den erkennbaren Willen einer Partei gehandelt hat, ist somit die Akzeptation wegen Unvereinbarkeit mit dem *ordre public* zu verweigern.

1) ZH-GVG § 96 Ziff. 2

2) OG 22 lit. b

3) DZPO § 41 Ziff. 5

4) Kornblum 158

II. Identität von Richter und Schiedsgutachter

Der Schiedsgutachter, der von den Parteien eingesetzt wird, um gewisse, für das streitige Rechtsverhältnis erhebliche Tatsachen verbindlich abzuklären, übt im Grunde genommen die Tätigkeit eines Sachverständigen aus. Diese ist aber zudem richterlicher Natur, was sich einerseits darin zeigt, dass das Schiedsgutachten für Parteien und Richter verbindlich ist. Andererseits kann der Gutachter ausgeschlossen oder abgelehnt werden wie ein Richter, bzw. das Gutachten ist mit Mitwirkung eines parteilichen Schiedsgutachters als unverbindlich zu betrachten (1).

Ist die Verbindlichkeit des Gutachtens strittig, so steht die Entscheidung darüber dem Schiedsgutachter zu. Der – falls er identisch ist mit dem Schiedsgutachter – sich nicht nur in der gleichen Lage befindet wie der Richter, der zugleich Sachverständiger ist; seine Stellung entspricht vielmehr demjenigen, welcher als Richter nochmals über seinen eigenen Entscheid befindet. Somit ist einem Schiedsspruch, der unter einem derartigen Mangel leidet, die Akzeption in Anwendung der *ordre public*-Klausel zu verweigern (2), wenn sich die betreffende Partei bereits im Urteilsstaat erfolglos dagegen zur Wehr gesetzt hat; ansonsten hat sie wohl ihr Anfechtungsrecht verwirkt, insbesondere wenn es ihr ohne weiteres zumutbar war, sich im Urteilsstaate dagegen zur Wehr zu setzen.

1) § 258 Abs. 2; Wiget in Sträuli/Messmer § 258 N 2 und 5

2) Kornblum 157 spricht sich für Inhabilität aus, a.A. ohne nähere Begründung Schlosser in Stein-Jonas § 1032 I 3e

G) IDENTITAET VON RICHTER UND BEVOLLMAECHTIGTER, ANWALT, BERATER ODER VERMITTLER

I. Die gesetzlichen Regelungen

Einheitlich schliessen das ZH-GVG (1), das OG (2) und die DZPO (3) den Prozessbevollmächtigten vom Richteramt aus. Wer jedoch lediglich der Partei den Rat erteilt hat oder als Vermittler gehandelt hat – sei es nun als Anwalt oder nicht –, ist nach dem ZH-GVG (4) bloss ablehnbar; während er nach der Regelung des OG (5) ebenfalls ausgeschlossen ist. In Deutschland ist dieser Ausstandsgrund nicht ausdrücklich im Gesetz angeführt, und die Parteilichkeit solcher Personen kann allenfalls unter der Generalklausel "Besorgnis der Befangenheit" geltend gemacht werden (6); es liegt also höchstens ein Ablehnungsgrund vor nach deutschem Recht.

II. Besonderheiten in der Schiedsgerichtsbarkeit

Meistens können die Parteien je einen Schiedsrichter selbst bezeichnen und diese wählen dann ihrerseits einen Dritten zum Obmann (7). Selbstverständlich wird jede Partei dazu neigen, eine Person ihres Vertrauens für das Schiedsrichteramt zu verpflichten (8). Damit ergibt sich eine völlig unterschiedliche Ausgangslage im Vergleich zum staatlichen Richter: während dieser nur ausnahmsweise in einer näheren Beziehung zu einer Partei steht, ist dies bei jenem gerade die Regel.

1) § 95 Ziff. 3

2) Art. 22 lit. b

3) § 41 Ziff. 4

4) § 96 Ziff. 2

5) Art. 22 lit. b

6) Leipold in Stein-Jonas § 42 II 4

7) vgl. ZH-ZPO § 243 Ziff. 1; Eisenmann in *liber amicorum Domke* 79

8) Schlosser I Nr. 466; derselbe in ZJP 93 (1980) 139; Bucher in Festschrift Kummer 604/05

Auf die hier zur Diskussion stehenden Ausstandsgründe bezogen bedeutet das: während beim staatlichen Richter regelmässig ein Ausschluss oder eine Ablehnung erfolgen kann, ist dies beim Schiedsrichter nur ausnahmsweise der Fall. Wählen nämlich beide Parteien gleichermassen eine ihnen nahestehende Person, sind also die Schiedsrichter gleichermassen "parteilich", besteht kein Grund, dies nicht zuzulassen, denn die Chancengleichheit im Prozess wird dadurch nicht beeinträchtigt (1). Zudem würde eine Partei, die zuerst einen Vertrauensmann als ihren Schiedsrichter bezeichnet und nachher den auf dieselbe Art bestimmten Richter der Gegenpartei abzulehnen versucht, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen (2).

Kornblum (3) will allerdings den Prozessbevollmächtigten trotzdem gänzlich vom Schiedsrichteramt ausgeschlossen haben und beruft sich dabei auf Habscheid (4), der diese Forderung zu "den Mindestanforderungen der Rechtspflege, die zum ordre public gerechnet werden" zählt.

Eisemann (5) hingegen kritisiert die deutsche Praxis, die sich im wesentlichen auf einen Entscheid des OLG Hamburg (6) stützt, und befürwortet die liberalere Praxis in den Vereinigten Staaten (7). Schlosser (8) schliesst sich offensichtlich dieser Meinung an und hält gleichfalls die Parteilichkeit des Schiedsrichters immer für zulässig, solange dabei ein Gleichgewicht des Grades der Befangenheit besteht; was etwa dann nicht mehr der Fall ist, wenn die eine Partei einen langjährigen Geschäftsfreund und die andere Partei ihren Ehegatten zum Schiedsrichter ernannt hat.

1) Schlosser I Nr. 466 S. 465/66; derselbe in ZZP 93 (1980) 140

2) Eisemann in *liber amicorum Domke* 82; ZR 64 (1965) Nr. 14 S. 38

3) 60 u. 148

4) zit. in Kornblum 60 Anm. 27

5) 82

6) vom 25.11.1955

7) Vgl. zu dieser Praxis die Ausführungen von Schlosser, ZZP 93 (1980) 135 f.; sowie Holtzmann, *Yearbook* 1977, 125

8) Nr. 466 S. 466

Im weiteren hält Schlosser (1) eine Vereinbarung, "parteiliche" Schiedsrichter ernennen zu dürfen, also eine dahingehende Bestimmung in der Schiedsvereinbarung für zulässig und rechtswirksam, d.h. anders ausgedrückt, die Parteien können bereits im voraus rechtsgültig auf die Geltendmachung dieser Befangenheitsgründe verzichten. Dafür gibt es aber bis anhin keine Bestätigung in der Rechtsprechung, sicher ist nur, dass eine nachträgliche Geltendmachung der Befangenheit in diesen Fällen nicht zulässig ist (2).

Noch weiter geht jüngstens Bucher (3), er postuliert generell ein neues Rollenverständnis des von der Partei gewählten Schiedsrichters: nach seinen Ausführungen soll der Schiedsrichter – dem Vorbild in den Vereinigten Staaten folgend – in den Beratungen die für "seine Partei" günstigen rechtlichen Argumente vorbringen. Allerdings legt er sich keine Rechenschaft darüber ab, dass gerade in den Vereinigten Staaten die Lehre und Praxis wiederum Abstand nimmt vom Parteischiedsrichter und die AAA zu einem Schiedsgericht rät, bei dem alle drei Schiedsrichter unabhängig und neutral sind (4).

III. Folgerungen betreffend den *ordre public*

Im Entscheid 93 I 60 E c) hat das Bundesgericht zwar die Frage des "Parteischiedsrichters" aufgeworfen, doch keine Stellung dazu bezogen, so dass sich aus der Praxis des obersten Gerichtes keine Schlüsse ziehen lassen.

Es kann aber aufgrund der vorstehenden Darlegungen festgehalten werden, dass im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit auf internationaler Ebene andere Massstäbe zur Anwendung gelangen bei der *ordre public*-Prüfung als im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit,

1) Nr. 466 S. 465

2) ZR 64 (1965) Nr. 14 S. 38

3) in Festschrift Kummer 605 ff. Ziff. IV

4) Holtzmann, Yearbook 1977, 125; Schlosser, ZJP 93 (1980) 136/37

wenn ein Bevollmächtigter, Anwalt oder Ratgeber einer Partei oder ein Vermittler als Schiedsrichter gehandelt hat (1). Zum einen muss von der betreffenden Partei verlangt werden, dass sie sich bereits im Urteilsstaate gegen den parteilichen Schiedsrichter zur Wehr gesetzt hat; zum anderen ist sie mit dieser Einrede auszuschliessen, wenn sie ihrerseits einen gleichermassen parteilichen Richter bezeichnet hat. Zum dritten müssen die Beziehungen zwischen Partei und Richter regelmässig wesentlich enger sein, um das Mass der Erträglichkeit zu überschreiten, denn jeder von den Parteien gewählte Schiedsrichter steht in einem besonderen Vertrauensverhältnis zur betreffenden Partei, ist also in einem gewissen Masse "befangen". Damit also ein Schiedsspruch wegen Verletzung des ordre public nicht anerkannt und vollstreckt werden kann, weil ein Bevollmächtigter, Anwalt oder Ratgeber einer Partei oder ein Vermittler als Schiedsrichter mitgewirkt hat, muss sich die Gegenpartei schon im Urteilsstaat erfolglos dagegen gewehrt haben und der Grad der Befangenheit des Schiedsrichters muss zusätzlich von besonderer Schwere gewesen sein, so z.B. wenn er als Prozessbevollmächtigter der betreffenden Partei gehandelt hat. Hat jedoch die betreffende Partei einen gleichermassen parteilichen Schiedsrichter bezeichnet, so ist sie mit dieser Einrede nicht mehr zu hören.

1) Vgl. auch Schlosser, ZJP 93 (1980) 139/40

H) FREUNDSCHAFT, FEINDSCHAFT ODER EIN PFLICHT- ODER ABHÄNGIGKEITSVERHÄLTNIS ZWISCHEN RICHTER UND PARTEI

I. Die gesetzlichen Regelungen

Das Zürcher GVG und das OG enthalten Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis zwischen Richter und Partei ausdrücklich in ihren Katalogen der Ablehnungsgründe (1). Im deutschen Recht sind derartige Beziehungen unter die Generalklausel von § 42 DZPO zu subsumieren (2). Allen Regelungen ist gemeinsam, dass nur eine besondere Freundschaft oder Feindschaft, bzw. ein besonderes Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis die Ablehnung zu rechtfertigen vermag (3).

II. Besonderheiten in der Schiedsgerichtsbarkeit

An dieser Stelle sollen vor allem die Fälle untersucht werden, bei denen ein wirklich unabhängiges Schiedsgericht von den Parteien gewünscht worden ist; was die "Parteischiedsrichter" angeht, ist auf den vorhergehenden Abschnitt zu verweisen (4).

Aber auch hier ergeben sich wiederum Besonderheiten aus dem Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit: Oftmals ist es nicht nur so, dass eine Partei einen langjährigen Geschäftsfreund und eine Person ihres Vertrauens ins Schiedsgericht wählen will, sondern es besteht gar keine andere Möglichkeit, weil nur die betreffende Person in einer bestimmten Branche an einem bestimmten Ort über die erwünschten Sachkenntnisse verfügt (5).

Es genügt deshalb nicht jede Art von geschäftlichem Kontakt zwi-

1) ZH-GVG § 96 Ziff. 3; OG Art. 23 lit. b

2) Leipold in Stein-Jonas § 42 II 4

3) Hauser/Hauser aGVG § 113 N 6 und N 9; Birchmeier OG Art. 23 N 2; Leipold in Stein-Jonas § 42 II 2 und 4

4) vorn lit. G

5) Schlosser I Nr. 467

schen Schiedsrichter und Partei, um den Richter ablehnen zu können; je weiter die Beziehungen zeitlich zurückliegen und je weniger sie sachlich das im Streite stehende Geschäft betreffen, desto eher ist die Befangenheit zu verneinen (1). Vielmehr muss die Beziehung "direct und definite" sein, und je mehr der Schiedsrichter für sein Auskommen auf die Aufträge der betreffenden Partei angewiesen, desto eher ist seine Parteilichkeit zu bejahen (2).

In diesem Zusammenhang vertritt Schlosser (3) die Ansicht, die im amerikanischen Recht entwickelte "disclosure-Verpflichtung" - die Pflicht des betreffenden Schiedsrichters zur Offenbarung möglicher Gründe, die seine Unparteilichkeit in Frage stellen - lasse sich auf sämtliche Rechtsordnungen übertragen. Robert (4) hat bei Verletzung dieser Verpflichtung für das französische Recht einen Anfechtungsgrund aus Täuschung gegenüber dem jeweiligen "compromis" nachgewiesen. Auch in Zürich besteht für den Justizbeamten, der von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder wenn gegen ihn ein Ablehnungsgrund vorliegt, eine Anzeigepflicht, die auch dem Schiedsrichter obliegt (5); und gleichlautend ist die Regelung im OG (6).

M.E. lässt sich folgendes feststellen: Wenn der Schiedsrichter seiner Anzeigepflicht nicht nachgekommen ist, hat selbstverständlich keine Möglichkeit und keine Pflicht bestanden, die Parteilichkeit bereits im Urteilsstaate zu rügen; anderenfalls ist aber eine solche Verpflichtung durchaus gerechtfertigt, führen doch diese Befangenheitsgründe, wie vorn gezeigt (7), nur zur Ablehnbarkeit. Zudem würde eine Partei, die mit der Anfechtung zuwartet, wiewohl sie z.B. von den gespannten Beziehungen zwischen einem Schiedsrichter und der

1) Schlosser I Nr. 469 S. 468

2) Schlosser I Nr. 469 S. 469

3) Schlosser I Nr. 469 S. 470

4) in Rev.Arb. 1969, 43 (50 ff.) zit. in Schlosser I Nr. 469 Anm. 10

5) ZH-GVG § 97

6) OG Art. 24

7) vorn Ziff. I

Gegenpartei weiss, unweigerlich gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn sie sich im nachhinein noch auf diesen Mangel berufen wollte.

III. Folgerungen betreffend den ordre public

Besteht zwischen einem Schiedsrichter und einer Partei eine Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis, so genügt dies allein noch nicht, um die Anerkennung und Vollstreckung wegen Missachtung des ordre public zu verweigern, sondern zum einen muss sich die betreffende Partei bereits im Urteilsstaate dagegen erfolglos zur Wehr gesetzt haben, vorbehältlich jener Fälle, wo der Schiedsrichter seiner Offenbarungspflicht nicht nachgekommen ist. Zum anderen bedarf es aber in Anbetracht der besonderen Verhältnisse in der Schiedsgerichtsbarkeit einer sehr engen Freundschaft bzw. eines sehr engen Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnisses oder einer nicht leicht zu nehmenden Feindschaft, um das Rechtsgefühl in stossender Weise zu verletzen und die Nichtanerkennung zu rechtfertigen.

1) BESORGNIS DER BEFANGENHEIT

Sowohl das Zürcher GVG (1) als auch das OG (2) und ebenso die DZPO (3) kennen eine Generalklausel, nach welcher ein Richter bei dem Umstände vorliegen, welche ihn als befangen erscheinen lassen, abgelehnt werden kann. Einzig dem französischen Recht ist aus historischen Gründen eine solche Generalklausel unbekannt (4)(5). Die

1) § 96 Ziff. 4

2) Art. 23 lit. c

3) § 42 Abs. 2

4) Art. 341 nouveau CPC in Verb. mit Art. 8.1 (Loi no 72-626 du 5 juillet 1972) ordonnance no 58-1273 du 22 décembre 1958

5) Gentinetta 178

Besorgnis der Befangenheit muss dabei selbstverständlich auf objektiven Tatsachen beruhen, bloss subjektive Eindrücke einer Partei genügen regelmässig nicht (1).

Besonderheiten ergeben sich für die Schiedsgerichtsbarkeit im Falle der Generalklausel nicht, ausser dass Wiget (2) darauf hinweist, dass in diesem Zusammenhang der Grundsatz, dass keine Partei einen grösseren Einfluss auf die Wahl des Schiedsgerichtes gehabt haben darf als die andere, streng zu nehmen sei, da sich persönliche Befangenheit meist nur schwer oder gar nicht nachweisen lässt.

Für die Anwendbarkeit der Vorbehaltsklausel darf sicherlich verlangt werden, dass sich die betreffende Partei bereits im Urteilsstaat erfolglos gegen die Mitwirkung des befangenen Schiedsrichters zur Wehr gesetzt hat, ist doch die "Besorgnis der Befangenheit" lediglich ein Ablehnungsgrund im innerstaatlichen Bereich. Darüber hinaus gebietet die allgemeine Zurückhaltung bei der Anwendung der ordre public-Klausel gegenüber einer ausländischen Entscheidung (3), dass nur in besonders schwerwiegenden und eindeutigen Fällen der Befangenheit die Anerkennung und Vollstreckung verweigert werden darf. So genügt z.B. dieselbe Staatsangehörigkeit wie eine der Parteien für sich alleine nicht, um die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters in Frage zu stellen, selbst wenn diese Partei ein sozialistisches Staatsunternehmen ist. Vielmehr bedarf es des Nachweises konkreter Umstände, welche die tatsächliche Befangenheit ausländischer Schiedsrichter nicht nur als wahrscheinlich erscheinen lassen, sondern es wird vom Bundesgericht gefordert, dass dadurch die prozessualen Rechte der betreffenden Partei in einem Masse verletzt worden sind, das sich nicht mehr mit einem geordneten Schiedsverfahren vereinbaren lässt (4).

1) Hauser/Hauser aGVG § 113 N 7; Birchmeier OG Art. 23 N 3; Leopold in Stein-Jonas § 42 II 2

2) Wiget in Sträuli/Messmer § 242 N 3

3) vgl. vorn 1. Teil: § 2 B II 2

4) BGE 93 I 277

LEBENS LAUF

Am 9. August 1954 wurde ich in Bern geboren. Nach dem Besuch der Primarschule in Feldbach am Zürichsee trat ich in die Kantonsschule Zürcher Oberland ein. Dort bestand im am 25. September 1973 die Matura (Typus B). Darauf folgten juristische Studien an den Universitäten Bern und Zürich, die ich am 15. Februar 1978 an der Universität Zürich mit dem Lizentiat abschloss. Hernach war ich während zweier Jahre als Assistent für Zivilprozessrecht und Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht bei Prof. Dr. H.U. Walder tätig. Am 10. Dezember 1980 wurde ich an der Universität Zürich zum Doktor der Rechte promoviert.

